J. rom. 4°c.
222m.
rom C 222m

System des Pandekten-Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut,

Großherzoglich Badischem Hofrath und ordentlichem Professor des Rechts in Heidelberg, Correspondenten der Kaiserlichen Gesetzcommission in Petersburg.

Dritte, durchaus vermehrte und verbesserte Ausgabe.

Dritter Band.

Jena, 1809.
Bey Johann Michael Mauke gedruckt und verlegt.

4°
J. rom. c. 222 m-3

Inhaltsanzeige

des dritten Bandes.

Besonderer Theil.

C) Procefs.

Einleitung.

Ueber Justiz-Sachen, Procefs, dessen Arten, Gerichtsbarkeit und imperium. §. 1049—1055.

Erster Abschnitt.

Ueber den streitigen Procefs.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Grundsätze.

Erstes Capitel.

Ueber das Subject des Processes.

I) Hauptpersonen.

1) Von Seiten der Parteyen. §. 1056—1059.

2) Von Seiten des Gerichts. Hier

<36638904880016

<36638904880016

Bayer. Staatsbibliothek

A) Ursprung der Gerichtsbarkeit. §. 1060—1063.
B) Deren Ende. §. 1064.
C) Fähigkeit und Competenz des Richters. §. 1065. Die letzte begründen
AA) die Gesetze. Hier zuerst
a) über die einzelnen Gerichtsstände. §. 1066—1081.
b) Verhältniſs derselben zu einander. §. 1082.
c) Ausdehnung auf andre Personen. §. 1083.
d) Uebergang auf die Erben. §. 1084.
BB) Prorogation. §. 1085—1087.

II) Nebenpersonen.
1) Von Seiten der Parteyen.
A) Advocaten. §. 1088—1093.
B) Procuratoren. §. 1094—1106.
C) Notarien. §. 1107.
2) Von Seiten der Gerichte. §. 1108.

Zweytes Capitel.
Ueber das Object des Processes, oder die Art der gerichtlichen Verhandlungen überhaupt.

Erster Titel.
Ueber die Pflichten und Rechte der Gerichte und Parteyen überhaupt.
1) Rechtliches Gehör. Nullität, Essentialien des Processes. §. 1109. 1110.
2) Schriftliches Verfahren. §. 1111.
3) Pflicht, Ort und Zeit zu beobachten. §. 1112. so wie
4) Ordnung der Sachen. §. 1113.

Bayerische Staatsbibliothek München

Zweyter Titel.

Besondere Pflichten und Rechte der Gerichte.

I) Pflichten

1) gegen andre Gerichte. §. 1114.

2) gegen die Parteyen.

A) Versuch zur Güte. §. 1115.

B) Führung der Acten. §. 1116.

C) Leitung und Entscheidung des Processes durch Erkenntnisse. §. 1117 — 1124.

3) gegen andre Personen desselben Gerichts. §. 1125.

4) Besondere Pflichten des Commissars. §. 1126.

5) Verantwortlichkeit des Richters. §. 1127.

II) Rechte des Richters. §. 1128.

Dritter Titel.

Ueber die Pflichten und Rechte der Parteyen.

I) In Betreff künftiger Processe. §. 1129.

II) Während des Processes.

1) Gehorsam. §. 1130.

2) Zeitige Befolgung. Ungehorsam, Dilationen. §. 1131.

3) Auslage und Erstattung der Kosten. §. 1132.

4) Besondere Verpflichtung wegen einer Chikane. §. 1133.

5) Insbesondere bey Ausführung der Sache.

A) Ueberhaupt. Articulirtes Verfahren. §. 1134.

B) Insbesondere.

AA) Klage. §. 1135 — 1138.
BB) Antwort des Beklagten. §. 1138 — 1141.
CC) Replik, Duplik u. s. w. §. 1142.
DD) Beweis. Hier
a) Allgemeine Grundsätze. §. 1143 — 1149.
b) Einzelne Beweismittel. §. 1150. 1151.
aa) Geständniſs. §. 1152.
bb) Eide. §. 1153 — 1166.
cc) Zeugen. §. 1167 — 1172.
dd) Augenschein, Kunstverständige. §. 1173.
ee) Urkunden. Hier auch über die exceptio n. n. pecuniae. §. 1174 — 1182.
c) Collision der Beweise. §. 1183 — 1187.
d) Form der Beweisführung. Feierliche, Bescheinigung. §. 1188.

Vierter Titel.
Ueber das Verhältniſs Dritter zu Rechtsstreiten. §. 1189.

Zweyte Abtheilung.
Besonderer Theil.

Erstes Capitel.
Verfahren in erster Instanz.

Erster Titel.
Verfahren im ordentlichen Proceſs. §. 1190 — 1206.

Zweyter Titel.
Verfahren in außerordentlichen Processen.

I) Summarische. §. 1207 — 1217.
II) Nicht - summarische. Hier vom Concursproceß. §. 1218 — 1240.

Zweytes Capitel.
Verfahren in den folgenden Instanzen.

I) Rechtsmittel gegen die Person des Richters. §. 1241.

II) Gegen dessen Verfügungen.

1) Eintheilungen und Grundsätze. §. 1242 — 1248.

2) Arten.

A) Impugnirende.

a) Ordentliche.

aa) Devolutive. Appellation, Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten. §. 1249 — 1251.

bb) Nicht - devolutive. Revision, Supplication, Leuterung. §. 1252.

b) Außerordentliche.

aa) Devolutive. Beschwerde über verzögerte Justiz, reine Decrete, und unheilbare Nullitäten. §. 1253.

bb) Nicht - devolutive. Restitution. §. 1254.

B) Nicht - impugnirende. Bitte um Erläuterung und Verbesserung eines Rechnungsfehlers. §. 1255.

Drittes Capitel.
Ueber Vollstreckung der Urtheile. §. 1256—1258.

Viertes Capitel.
Nebenhandlungen.
I) Recusation des Richters. §. 1259.
II) Actenversendung. §. 1260.
III) Reassumtion des Processes. §. 1261.
IV) Interrogationes. §. 1262.
V) Positionen. §. 1263.
VI) Cautionen. §. 1264—1270.
VII) Redintegration der Acten und Urkunden-Edition. §. 1270.
VIII) Renunciatio litis, nominatio auctoris. §. 1271.
IX) Adcitatio, litis denunciatio. §. 1272.
X) Interventio. §. 1273. 1274.

Zweyter Abschnitt.
Ueber den nichtstreitigen Procefs. §. 1275. 1276.

Besonderer Theil.

C) *Procefs.*

Einleitung.

§. 1049.

Procefs. Justiz-Sachen. Wer im Staat bereits wirklich gewordene [a] Rechte hat, kann diese gegen Jeden geltend machen, welcher ihm dieselben streitig macht, und der Gewalt eines Regenten unterworfen ist, nicht allein in eigentlichen privatrechtlichen Verhältnissen, sondern auch im Verhältnifs zu dem Regenten und dessen Stellvertretern, sofern diese den Willen einer höheren Gewalt erkennen müssen. Geschieht die Verfolgung und Bestreitung eines Rechts vor dem Regenten oder dessen Stellvertretern, so wird diefs Verfahren Procefs genannt, und der Gegenstand desselben eine Justiz-Sache. Alles, was sonst der gesetzgebenden und vollstreckenden Gewalt des Regenten angehört, wie Cameral-, Finanz- und Polizey-Sachen, und die ganze Civil- und Procefs-Gesetzgebung, heifst Regierungs-Sache [b].

§. 1050.

Gerichtsbarkeit. Richter im eigentlichen Sinn ist nur der, welcher durch die Staatsgewalt auctorisirt ist, die Rechtsverhältnisse streitender Theile durch ein Erkenntnifs nach den Gesetzen zu bestimmen. Der Ausdruck Gerichtsbarkeit bezeichnet diese richterliche Gewalt [c]. In derselben liegt also an sich weder das

[a] pr. I. de act. (4. 6.) L. 35. de iudic. (5. 1.) L. 1. §. 2. de usuris (22. 1.). I. H. Boehmer de iure futuro. (Exerc. T. 1. n. 5.).

[b] Gönner Handbuch des Proc. 2. B. n. 26. Martin Lehrb. des Proc. §. 18—24.

[c] S. überh. S. Gentilis de iurisd. Frkf. 1601. G. Ma-

Recht, ein Urtheil zu vollstrecken, noch auch die Befugnifs, andre Regierungshandlungen zu vollziehen. Allein die richterliche Gewalt ist nach den Gesetzen nicht auf diesen engen Umfang beschränkt. Schon die Römer nahmen an, dafs das Vollstreckungsrecht der Gerichtsbarkeit nothwendig folge [d]. Manche Magistrate, wie die *praesides*, hatten die ganze Justiz- und Regierungsgewalt. Selbst den, im Allgemeinen nur mit einer Gerichtsbarkeit versehenen Obrigkeiten wurden theils vermöge ihres Amts, theils durch besondere Concessionen mancherley Regierungshandlungen übertragen [e], und alle diese Gewaltzweige unter dem Namen *iurisdictio* zusammengefafst [f], wiewohl dieser Ausdruck schlechthin gesetzt nur die, einem richterlichen Amte vermöge der ursprünglichen Natur desselben beykommenden Rechte, welche durch keine besondere Concession übertragen zu werden brauchten, vorzugsweise zu bezeichnen pflegte [g].

§. 1051.

Arten des imperii.

Die Römer haben aber, wo sie bestimmter sprechen, wenigstens im Begriff, allerdings die *iurisdictio* von andern Gewaltzweigen unterschieden, und zwar in der Gewalt eines, für Justiz- und Regierungssachen bestellten Magistrats folgende Theile: 1) das *merum imperium*, oder das Recht, in Regierungssachen Befehle und Anordnungen zu erlassen, ohne über streitige Rechte zu entscheiden, wohin sie denn auch unter andern die Criminal-Gewalt zählten, entweder weil sie die Ausübung derselben nicht als

ranus de iurisd. (Op. T. 2.) L. Charondas de iurisd. et imp. (Otto Thes. T. 1.) G. Barclaii Comm. ad L. imp. de iurisd. (Meermann Thes. T. 7.). A. Vinnii Tr. de iurisd. Ultr. 1697. G. Noodt de eod. arg. (in op. T. 1.). G. C. Gebauer de iurisd. Lips. 1736. (Exerc. T. 1.). T. Paurmeister de iurisd. Imp. Rom. Hannov. 1608. F. E. Pufendorf de iurisd. german. Lemg. 1740. Lobethan Entw. d. Lehre v. d. Gerbkt. Hal. 1775. I. F. Malblank consp. rei iudiciar. Rom. Germ. Norimb. et Alt. 1797.

[d] L. 5. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 2. de iurisdict. (2. 1.).

[e] L. 4. de adopt. (1. 7.) L. 1. de offic. iurid. (1. 20.) L. 6. §. 2. de tutel. (26. 1.).

[f] L. 2. L. 7. §. 2. de offic. procons. et legat. (1. 16.).

[g] L. 1. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 3. de iurisd. (2. 1.) L. 4. de adopt. (1. 7.).

Bestimmung **streitiger** Verhältnisse, oder weil sie die Bestrafung selbst als das Wesentliche ansahen [*h*]. 2) Die *iurisdictio*, d. h. das Recht, streitige Verhältnisse durch ein Urtheil zu bestimmen. Die Ernennung eines *iudex*, und die Untersuchung der Thatumstände (*notio*) gehörten zu den Theilen derselben [*i*]. 3) Das *mixtum imperium*, d. h. die Befugniſs, solche Handlungen des *imperii* vorzunehmen, denen ein Act der *iurisdictio* beygemischt ist, wodurch also streitige Verhältnisse bestimmt werden, wie z. B. Einweisungen in den Besitz, und die Vollstreckung eines Urtheils [*k*]. Endlich 4) die *legis actio*, oder das Recht, ohne Befehl und Rechtsspruch gewisse nicht streitige Geschäfte in der gesetzlichen Form zu vollführen und zu bestätigen [*l*].

§. 1052.

Deutsche Begriffe über hohe und niedere Gerichtsbarkeit.

In Deutschland ist von jeher das Richteramt mit andern Nebenbeschäftigungen vermischt gewesen. Nach Einführung des Römischen Rechts folgte man den Grundsätzen desselben auch hier unbedingt, und erweiterte diese dahin, daſs man dem Richter als solchem auch alle Nebentheile der Gerichtsbarkeit und Regierungsgewalt einräumte, welche dem, nur mit einer Gerichtsbarkeit versehenen Magistrat bey den Römern durch besondere Concessionen übertragen werden muſsten; welches noch jetzt die Praxis allgemein annimt [*m*]. Die peinliche Gerichtsbarkeit (Blutbann) ist aber auch bey uns stets im Zweifel nicht unter dem

[*h*] L. 1. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 5. de iurisd. (2. 1.). Ueber die abweichenden Ideen andrer s. Vinnius de iurisd. c. 7. Menken Orat. merum imper. iurisd. crim. non esse (in opusc.). I. L. Albrecht de mero imperio. Lips. 1751. Noodt de iurisd. L. 1. c. 2. Gebauer de iurisd. c. 1. §. 4. 5. 8. I. G. Heineccius de locatione conductione iurisdict. Hal. 1738. c. 1. §. 11. 12. 13. besonders Bach unparth. Crit. 3. B. S. 175—181. 6. B. S. 313. 314. Voet L. 2. T. 1. §. 43. 44.

[*i*] L. 3. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 99. pr. de V. S. (50. 16.).

[*k*] L. 5. §. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 3. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 26. ad municip. (50. 1.).

[*l*] L. 4. de adopt. (1. 7.) L. 3. de offic. proc. (1. 16.) Nov. 81. praef.

[*m*] Stryk U. M. L. 2. T. 1. §. 8. Claproth von freywill. Ger. Handl. §. 13.

Ausdruck Gerichtsbarkeit begriffen worden; doch hat man sie später unter dem Namen der obern Gerichtsbarkeit den übrigen Theilen der Gerichtsbarkeit, welche man in diesem Gegensatz die niedere oder Civil-Gerichtsbarkeit nannte, entgegengestellt; dagegen aber die Bestrafung geringerer Verbrechen der letzten überlassen, ohne dafs jedoch durch eine Bestimmung des gemeinen Rechts eine scharfe Grenze zwischen beiden gezogen ist [*n*].

§. 1053.

Streitiger, willkührlicher Procefs.

Die Gerichtsbarkeit in jenem allgemeinen Sinn ist ein Gemisch der Regierungs- und Justiz-Gewalt. Man hat jedoch in den neueren Zeiten [*o*] die Begriffe dadurch wieder gesondert, dafs man die eigentliche Gerichtsbarkeit unter dem Namen der streitigen (*iurisdictio contentiosa*) den übrigen Regierungsrechten des Richters unter der Benennung der willkührlichen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (*iurisd. voluntaria*, *non contentiosa*) entgegensetzte [*p*]. Das Verfahren in streitigen Sachen nennt man den streitigen Procefs, oder Procefs schlechthin; das Verfahren in den andern Fällen den nichtstreitigen Procefs. Beide sind in ihren wesentlichen Principien so sehr verschieden, dafs sie sich unter einem allgemeinen Theil nicht wohl zusammenfassen lassen [*q*]; doch mufs der letzte, des

[*n*] Vergl. Pufendorf de iurisd. germ. P. 2. S. 2. c. 1. Malblank consp. §. 87—103. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. 3. Ausg. §. 495. 496.

[*o*] Denn L. 2. de offic. proc. (1. 16.) hat nur die Eintheilung veranlafst, begründet sie aber nicht. Gentilis de iurisd. L. 1. c. 19. Gebauer l. c. cap. 1. §. 6.

[*p*] Schroeter de divis. iurisd. in volunt. et content. Erlang. 1747. Böttger quae sint orig. et fundam. distinct. int. iurisd. volunt. et content. Hannov. 1799. Krüll Prüf. einzeln. Theile des bürg. Rechts. 1. B. n. 1.

[*q*] Schriften I) über den streitigen Procefs: Knorre Anl. z. gerichtl. Proc. Hal. 1734. 8. Schaumburg princ. prax. iurid. iudic. c.not. Reichardt. Ien. 1794. und 1804. 2. B. 8. Claproth Einl. in d. ord. bürg. Proc. Gött. 1786. 8. Dessen Einl. in die sämmtl. summar. Proc. 1793. 8. Oelzen Anl. z. gerichtl. Prax. 1782. 8. Danz Grunds. d. gem. ord. bürg. Proc. Stuttg. 1800. 8. Dessen Grunds. d. summar. Proc. Das. 1792. womit zu verbinden Gönner jurist. Abh. 2 Bde. Bamb. 1795. 1799. 8. Martin Lehrb. d. Teutsch. gem. Proc. 2. Aufl. Gött. 1805. 8. Grolmann Theor. d. ge-

Zusammenhang wegen, hier mit dem ersten verbunden werden [r].

§. 1054.

Gemeiner, particulairer. Fast jedes Gericht in Deutschland hat seine besondere Verfassung. Diese Besonderheiten sind der Inhalt des particulairen Processes, welcher nach älterer Verfassung wieder in den Territorial- und Reichsprocefs zerfällt, je nachdem er sich mit der besondern Verfassung der einzelnen Landesgerichte, oder dem Verfahren in Sachen, welche durch die richtende Gewalt der Reichshoheit geleitet und entschieden werden (wohin denn auch als Art der Reichsgerichts-Procefs gehört) beschäftigt. Es gibt aber auch viele, im Zweifel bey allen Gerichten Deutschlands anzuwendende Procefs-Regeln. Diese nennt man den gemeinen Deutschen Procefs, und davon kann denn allein in den Pandekten die Rede seyn, weil aus denselben überhaupt alles particulaire Recht ausgeschlossen ist.

§. 1055.

Gewillkührter, gesetzlicher; ordentlicher, aufserordentlicher Procefs. Der streitige Procefs [s] mufs in einer gewissen Form geführt werden. Der Grund dieser Form kann liegen entweder in der Vorschrift der Gesetze (gesetzlicher Procefs, *legalis*), oder in einer Uebereinkunft der streitenden Theile (verabredeter, gewillkührter Procefs, *conventionalis*). Eine solche willkührliche Bestimmung ist in der Regel immer erlaubt, wenn nicht die Gesetze namentlich die Beobachtung einer gewissen Form den Parteyen zur unnachläfslichen Pflicht machen [t]. Die

richtl. Verf. in bürg. Rechtsstreitigkeiten. 2. Aufl. Giefs. u. Darmst. 1805. 8. Gönner Handb. d. gem. d. Process. 4. B. 8. 2. Aufl. Erlang. 1804. 1805. H. v. Almendingen Metaphysik des Civilprocesses. 1. B. Giefs. 1808. II) Ueber den nichtstreitigen: Claproth v. freywill. Gerichtshandl. Gött. 1789. Fredersdorf Anw. für Justizbeamte. 3. B. 8. Lemgo 1772—1774. v. Trütschler Anw. z. Abf. rechtl. Aufl. Leipz. 1786. 2. B. 8.

[r] Gönner Handb. 1. B. n. 5.

[s] Manche gewöhnliche, durch die Worte klare Eintheilungen, z. B. in processus petitorius, possessorius u. s. w. übergehe ich hier.

[t] L. ult. §. ult. C. de tem-

Procefs-Form kann aber sowohl in jenem, als diesem Fall eine feierliche seyn (*processus solennis*), wobey es den Parteyen freysteht, in gehöriger Mufse, und durch alle Mittel, ihre Gerechtsame wahrzunehmen; oder eine minder feierliche (*processus minus solennis*, *summarius*), welche ein schleuniges Verfahren zur Pflicht macht. Der gesetzliche Procefs, welcher in der Regel in allen Sachen stattfindet (der ordentliche Procefs, *pr. ordinarius* [*u*]) ist ein feierlicher. Für manche Fälle haben aber die Gesetze ausnahmsweise ein besonderes, abweichendes Verfahren angeordnet. Diefs kann man den aufserordentlichen Procefs (*pr. extraordinarius*) nennen, welcher dann wieder bald ein feierlicher ist, wie in der Regel der peinliche [*x*], bald ein summarischer. Der gewillkührte bedarf keiner besonderen Erörterung, wohl aber jede Art des gesetzlichen; doch müssen der Entwickelung des Details die, dem ordentlichen und aufserordentlichen Procefs gemeinschaftlichen Grundsätze als allgemeiner Theil vorangehen.

por. et repar. appell. (7.63.) L. ult. §. ult. C. de privil. scholar. (12. 30.). H. Hildebrand de processu conventionali. Norimb. 1698. c. 2. §. 4. fgg. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 6. §. 13. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 8. Dessen Handb. 2. B. n. 30. K. G. Neundorf Erörterungen. Tübing. 1807. n. 3.

[*u*] Gönner Handb. 2. B. n. 29.

[*x*] Quistorp Grunds. des peinl. R. 2. B. §. 589.

Erster Abschnitt.

Ueber den streitigen Procefs.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Grundsätze.

Erstes Capitel.

Ueber das Subject des Processes.

§. 1056.

I) Haupt-Personen. a) von Seiten der Parteyen. Streitgenossen.

Im Procefs treten theils Haupt-, theils Neben-Personen auf. Jenes sind die Parteyen auf der einen, und der Richter auf der andern Seite. Die Parteyen sind der Kläger, welcher die Klage (§. 60.) erhebt, und der Beklagte, welcher sich durch Einreden und Einlassung (§. 71.) vertheidigt. In jedem Rechtsstreit müssen Richter, Kläger und Beklagter als drey individuelle verschiedene Personen vorkommen [y], wenn nicht das Gesetz durch Gestattung der Unterscheidung verschiedener juristischer Personen (§. 214.) eine Ausnahme macht [z]. Es können aber auch von Seiten der Parteyen mehrere Personen auftreten. Handeln sie dann wegen eines gemeinschaftlichen Zwecks, so werden sie Streitgenossen (*litis consortes*) genannt [a]. Die mehreren Streitgenossen kön-

[y] L. 4. L. 62. de iudic. (5. 1.) L. un. C. ne quis in sua causs. iudic. (3. 5.) Gönner Handb. 1. B. n. 13.

[z] Vergl. z. B. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 1. §. 3—11. S. Stryk de processu unilaterali. Frkf. ad V. 1678. cap. 2.

[a] Tit. C. de consort. eiusd. lit. (3. 40.) Ueberh. Martin und Walch Magaz. für den gem. D. Proc. 1. B. 1. Hft. n. 1. 2. Hft. n. 6.

nen hier aber nicht als moralische Person (§. 218 — 220.) betrachtet [b], auch nicht zur Streitgenossenschaft gezwungen werden, den einzigen Fall ausgenommen, wenn eine Klage gegen mehrere wegen eines gemeinschaftlichen Interesse gerichtet wird [c].

§. 1057.

Rechte der Parteyen.

In der Regel haben beide Theile im Proceſs unter gleichen Umständen gleiche Rechte; doch hat der Beklagte im Zweifel den Vorzug [d]. Wichtig ist daher auch die Regel, daſs der Beklagte insofern die Stelle des Klägers vertrit, als er wahre Einreden (§. 71.) vorschützt [e]. Eben dieſs gilt denn vom replicirenden Kläger, vom duplicirenden Beklagten u. s. w. [f]. Ist der Fall von der Art, daſs jeder Theil Kläger und Beklagter seyn könnte, so wird der, welcher zuerst den Angriff macht, als Kläger behandelt; sonst aber entscheidet das Loos [g].

§. 1058.

Legitimation zur Sache.

Niemand ist befugt, das Recht eines Dritten zu verfolgen, noch auch als Beklagter verpflichtet oder berechtigt, das Recht eines Dritten zu vertheidigen, oder sich durch unter dritten Personen eingegangene Rechtsverhältnisse (*exceptio de iure tertii*) zu schützen [h], wenn ihn nicht die Gesetze selbst ohne weiteres zum Stellvertreter Andrer gemacht haben, wie z. B. bey Popular-Klagen, und Sachen,

[b] L. 1. C. si plur. una sent. (7. 55.) L. 2. C. si un. ex plur. app. (7. 68.).

[c] L. 1. C. de cons. eiusd. lit. (3. 40.) L. 55. de R. V. (6. 1.). Martin a. a. O. §. 4.

[d] L. 41. pr. L. 125. de R. I. (50. 17.) cap. 3. in fin. X. de probat. (2. 19.) cap. 4. X. de mut. pet. (11. 4.). M. Herr de favore reorum in iudicio. Altd. 1696. I. B. Weiſsenbruch de singulari praerogativa rei prae actore. Giess. 1711.

[e] L. 19. pr. de probat. (22. 3.). Gönner Handb. 1. B. n. 23. Ueber die Vortheile der Rechtsverfolgung durch Einreden s. Weber Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. 1. Hft. n. 1.

[f] L. 1. L. 2. §. 1. de except. (44. 1.).

[g] L. 13. 14. 29. de iudic. (5. 1.) L. 2. §. 1. commun. divid. (10. 3.).

[h] L. 4. §. 7. si serv. vind. (8. 5.) L. 15. commodat. (13. 6.). Wernher P. 2. Obs. 357. R. C. Henne de except. ad ius tert. pertinent. plane inutil. Erf. 1778.

welche den jüngsten Besitz betreffen [i]. Jeder Theil kann also von dem andern einen Beweis darüber verlangen, daſs das verfolgte oder vertheidigte Recht denjenigen, dessen Zuständigkeit behauptet wird, wirklich angehe [k]. Diesen Beweis nennt man Legitimation zur Sache, und theilt diese dann in die active und passive, je nachdem die Zuständigkeit des Klägers, oder des Beklagten zu erweisen ist [l]. Selbst der Richter muſs unaufgerufen darauf dringen [m]. Haben Parteyen unbefugt über das Recht eines Dritten verhandelt, so bindet dieſs den letzten nicht [n], verpflichtet aber die schuldige Partey zur Entschädigung ihres Gegners. Die Römer behandelten den, ohne Grund sich auf den Rechtsstreit muthwillig einlassenden Beklagten, als sey er der wahre Beklagte [o], und gestatteten dem Kläger, nach Empfang des, zur Strafe zu erlegenden vollen Werths der Sache, den wirklichen Schuldner aufs neue in Anspruch zu nehmen [p]. Nach jetzigen Grundsätzen (§. 68.) kann aber gegen den fingirten Besitzer nur eine bloſse Foderung auf Entschädigung wegen des vergeblichen Processes stattfinden [q].

§. 1059.

Fähigkeit im Gericht zu stehen.

Die streitenden Theile müssen ferner die Fähigkeit haben, ihre Sache gerichtlich zu verfolgen (*personam standi in iudicio*), sonst ist der Proceſs nichtig [r]. I) Gänzlich unfähig sind bey uns alle, denen die Besorgung gerichtlicher Geschäfte physisch unmöglich ist [s], so wie gerichtlich er-

[i] L. 1. C. si per vim. (8. 5.) L. 3. C. qui legit. person. stand. in iud. (3. 6.) L. 3. §. 9. 11. de lib. hom. exhib. (43. 29.).

[k] L. 2. pr. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) L. 16. de except. (44. 1.).

[l] Claproth ord. Pr. §. 70. Danz ord. Pr. §. 124. vergl. mit Gönner jur. Abh. 1. B. n. 6. Dessen Handb. 1. B. n. 15.

[m] J. R. A. §. 121. 122.

[n] Tit. C. inter alios acta (7. 60.).

[o] L. 11. §. 9. de interrog. in iure (11. 1.) L. 23. de solut. (46. 3.) L. 11. de novat. (46. 2.).

[p] L. 7. L. 68. L. 69. de R. V. (6. 1.). A. M. ist wegen L. 46. eod. L. 8. de interrogat. in iure (11. 1.). Erxleben de eo quod iust. est circa fict. possess. Goett. 1778. Allein s. Westphal Syst. der Arten der Sachen §. 923. 937. 976. Glück Comment. 7. B. §. 565.

[q] Voet L. 5. T. 2. §. 8.

[r] Ueberh. Dapp v. der Legit. z. Proc. §. 7—53.

[s] L. 4. pr. de in ius voc.

klärte Verschwender [t]. II) In gewissem Betracht unfähig sind 1) Geächtete und Excommunicirte, sofern sie als Kläger auftreten [u]. 2) Der Haussohn gegen den Vater [x], ausgenommen wenn er wegen seiner freyen Peculien klagt [y], oder *actiones extraordinarias* gegen den Vater erhalten hat [z]. 3) Der Haussohn gegen den Dritten, von welchem er zwar belangt werden, gegen den er aber nicht ohne Zustimmung des Vaters klagen kann [a]. Ausnahmen sind, wenn er wegen seiner freyen Peculien [b], als Bevollmächtigter zu seinem Vortheil [c], als vermutheter Anwald des Vaters [d], als öffentliche Person, oder in Abwesenheit des Vaters klagt [e]. 4) Der Vater in Rücksicht des *peculii adventitii regularis* ohne Zustimmung des mündigen Sohns [f]. 5) Pupillen, welche über die Jahre der Kindheit sind, ohne Beystand ihres Tutors [g], und Curanden ohne Beystand ihres Curators [h]; doch ist ein, ihnen günstiges Urtheil nicht ungültig [i]. Allein können sie auftreten, A) wenn sie um *bonorum possessio* bitten [k]; B) wenn vom jüngsten Besitz die Rede ist [l]; C) wenn sie gegen Confiscationen einkommen [m]; D) wenn sie wegen einer ihnen, oder ihren Verwandten zugefügten Injurie klagbar werden [n];

(2. 4.) L. 9. de re iudic. (42. 1.) L. 124. de R. I. (50. 17.).

[t] L. 40. de R. I. (50. 17.).

[u] cap. 4. X. de iudic. (2. 1.) Dapp §. 16. 17. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 37. §. 8.

[x] L. 4. L. 11. de iudic. (5. 1.).

[y] L. 4. cit. L. 4. §. 1. de castr. pec. (49. 17.).

[z] L. 92. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 5. pr. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.). Manche haben diefs sehr ausgedehnt. Stryk U. M. L. 5. T. 1. §. 33.

[a] L. 3. §. 4. de minor. (4. 4.) L. 57. de iudic. (5. 1.) L. 9. L. 39. de O. et A. (44. 7.).

[b] L. 8. pr. de procurat. (3. 3.).

[c] L. 8. pr. cit.

[d] L. 35. eod.

[e] L. 18. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 17. de R. C. (12. 1.). Voet L. 12. T. 1. §. 10.

[f] L. ult. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.) auch oben §. 361. not. 9.

[g] L. 1. 2. C. qui legit. person. stand. (3. 6.).

[h] L. 4. C. de auct. praest. (5. 59.).

[i] L. 1. C. qui legit. person. stand. (3. 6.) L. 14. C. de procur. (2. 13.).

[k] L. 7. C. qui admitt. ad bon. poss. (6. 9.).

[l] L. ult. C. qui legit. pers. stand. (3. 6.).

[m] L. 16. de iure fisci (49. 14.).

[n] L. 8. L. 11. pr. de accus. (48. 2.).

E) wenn sie mündig sind in Ehe- und geistlichen Sachen [o]; F) nach jetzigem Recht in peinlichen Fällen [p]. Wer *venia aetatis* erhalten hat, kann stets allein auftreten [q].

§. 1060.

2) Von Seiten des Gerichts.

Richter ist jeder, welcher von der Staatsgewalt, sey es auch aus Irrthum, bestellt ist, um die Rechtsverhältnisse streitender Theile zu bestimmen [r]. Da der, welcher das Richteramt ausüben will, nur insofern dazu befugt ist, als er überhaupt eine Gerichtsbarkeit erhalten hat, als er zur Ausübung des Richteramts fähig ist, und die Grenzen seiner Gerichtsbarkeit nicht überschreitet; so kommt es hier auf die Beantwortung der drey Fragen an: wie entsteht und erlischt die Gerichtsbarkeit? wer kann Richter seyn? und wie weit erstreckt sich die Competenz der Gerichte?

§. 1061.

A) Ursprung der Gerichtsbarkeit.

Durch einen ausdrücklichen, oder stillschweigenden Vertrag können die Unterthanen jedem Beamten oder Privat-Mann, als einem Schiedsrichter, die Entscheidung ihrer Rechtshändel übertragen [s]. Insofern hat denn jede Gesellschaftsgewalt, ohne Concession des Regenten, die Befugniſs, die Gesellschaftsstreitigkeiten ihrer Glieder in erster Instanz zu schlichten, wovon sich bey uns in den Zünften noch manche Spuren finden [t]. Soll aber Jemand wider seinen Willen einen Richter anerkennen, so muſs ihn der Staat unmittelbar, oder mittelbar bestellt haben, welches denn, selbst bey der Patrimonial-Gerichtsbarkeit, welche auf jeden Besitzer

[o] cap. 14. X. de restit. spoliat. (2. 13.) cap. 3. de iudic. in 6. (2. 1.). Carpzov P. 4. C. 23. Def. 14.

[p] L. 4. C. de auctor. praest. (5. 59.) vergl. mit Voet L. 5. T. 1. §. 12.

[q] L. 10. C. de appellat. (7. 62.). Voet l. c. §. 13.

[r] L. 3. de offic. praetor. (1. 14.). I. Hopp de iudice putativo. Frkf. ad V. 1681.

[s] S. oben §. 926—932.

[t] Vergl. Boehmer princ. iur. can. §. 238. Richter Dec. 3. Carpzov P. 2. C. 6. Def. 9. 10. Mevius P. 3. D. 38. Derselbe ad ius Lubec. L. 4. T. 13. n. 3. 27.

eines Gutes übergeht [*u*], Gerichtsbarkeit der Deutschen Gutsbesitzer, stets zu beweisen ist [*x*]; doch kann der Besitz, zwar nicht gegen den Regenten, wohl aber gegen einen Dritten, von der Beweislast befreyen [*y*]. Hat Jemand die Gerichtsbarkeit von dem Regenten selbst erhalten, so wird sie die eigne (*propria*), hat sie ihm ein Richter durch Auftrag überlassen, so wird sie die abgetretene (*mandata*) genannt. Beide weichen besonders darin ab, daſs bey der letzten der Gewaltgeber und Bevollmächtigte als Eine Person angesehen werden [*z*], nicht aber bey jener [*a*].

§. 1062.

Fortsetzung. Eine eigne Gerichtsbarkeit kann Jemand erhalten, entweder überhaupt, oder nur in Rücksicht gewisser Sachen, oder Personen. In jenem Fall nennt man sie jetzt [*b*] die ordentliche, in diesem die auſserordentliche. Die letzte kann stattfinden, wenn der Regent Jemandem überhaupt in Rücksicht gewisser einzelner Personen oder Sachen, oder nur in Rücksicht einzelner besonderer Fälle die Gerichtsbarkeit verleihet. In jenem Fall nennt man ihn *commissarius perpetuus*, in diesem *Vicarius principis*, *delegatus*, *commissarius temporarius*, oder *commissarius* schlechthin [*c*]. Die Ernennung eines Commissars im letzten Sinn ist, ohne Zustimmung beider Theile, in Deutschland den Territorial-Regenten nur des Staatsbestens wegen, oder im Abgange ordentlicher Gerichte, erlaubt [*d*].

[*u*] S. davon überh. C. R. Graefe de iurib. praecip. et singular. iurisdict. patrim. Lips. 1730. G. L. Holler Geschichte und Würdigung der deutschen Patrim. Gbkt. Landsh. 1804. B. W. Pfeiffer über die Grenzen der Civil-Patrimonial-Jurisdiction. Götting. 1806.

[*x*] Pufendorf de iurisd. germ. P. 3. S. 2. §. 225. Struben Nebenst. P. 5. Obs. 34. Malblank consp. §. 73. A. M. sind viele. Runde D. Priv. R. §. 702.

[*y*] Die Gründe dieses Satzes, welcher sehr streitig ist (Hommel rhaps. V. 1. Obs. 146. Malblank l. c. §. 133.), sind in §. 625. nr. E. enthalten.

[*z*] L. 1. §. 1. quis a quo appellat. (49. 3.).

[*a*] cap. 11. de offic. et potest. iudic. deleg. in 6. (1. 14.).

[*b*] Abweichend vom Römischen Sprachgebrauch L. 7. §. ult. de offic. proc. (1. 16.) Vinnius de iurisd. L. 1. c. 7.

[*c*] Tit. C. de offic. vicar. (1. 38.) Tit. X. de offic. et potest. iudic. delegat. (1. 29.). Glücks Comm. §. 197.

[*d*] J. R. A. §. 108. 109. Gön-

§. 1063.

Fortsetzung. Ein ordentlicher Magistrat konnte, nach älterem Römischen Recht, die, mit seiner Würde verknüpfte Gerichtsbarkeit ganz einem Andern durch ein Mandat übertragen [e]; nach neuestem Recht ist aber nur im Fall der Noth ein Auftrag für einzelne Geschäfte gestattet [f], entweder an Gerichtsmitglieder (Deputationen), oder andre verpflichtete Personen. Ein zeitiger Commissar kann aber nur mit Einwilligung beider Theile seine Gerichtsbarkeit durch ein Mandat übertragen [g], falls ihm nicht die Vollführung der Commission unmöglich seyn sollte [h]. Dagegen aber kann eine abgetretene Gerichtsbarkeit in der Regel nicht weiter abgetreten werden [i]. Die Patrimonial-Gerichtsbarkeit hat wegen ihrer eigenthümlichen Natur das Besondere, daſs sie einem Justitiar ganz übertragen werden kann, welches, wenn der Gerichtsherr unfähig ist, sogar geschehen muſs [k]; daſs man ferner die Ausübung derselben durch alle Arten der Contracte gestatten [l], ja sogar mit dem Gute die ganze Gerichtsbarkeit veräuſsern darf [m].

§. 1064.

B) Ende derselben. Die Gerichtsbarkeit erlischt 1) durch Ablauf der Zeit, auf welche sie ertheilt ward. Ist sie Jemandem bloſs für seine Person ertheilt, so nennt man sie *personalis*, oder *administratoria*, wohin man auch die Gerichtsbarkeit einer Gemeinheit zäh-

ner Handb. 1. B. n. 1. wenigstens im Ganzen. M. J. Schick über das reichsständische Instanzen-Recht und die Cabinets-Instanz. Gieſs. u. Darmst. 1802.

[e] L. 1. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 8. pr. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). Andre Contracte sind nicht gestattet. I. G. Heineccius de locat. conductione iurisdictionis. Hal. 1738. c. 2. §. 15—17.

[f] Malblank conspect. §. 80.

[g] cap. 6. de offic. et pot. iud. deleg. in 6. (1. 14.) vergl. mit Boehmer I. E. P. L. 1. T. 29. §. 15. Leyser Spec. 28. m. 1.

[h] Boehmer l. c. §. 14.

[i] L. 5. pr. de offic. eius cui mand. (1. 21.).

[k] C. C. C. Art. 2. Martin Lehrb. §. 60.

[l] I. A. Frankenstein de locatione iurisd. Lips. 1728. I. C. Heineccius de locat. conduct. iurisdict. Hal. 1738. cap. 3.

[m] G. H. Mylius de oppignorat. iurisd. Lips. 1742.

len mufs [n]; erstreckt sich hingegen die Dauer derselben weiter, z. B. auf die Erben, so nennt man sie *realis* [o]. Eine Art der letzten ist denn auch die Patrimonial-Gerichtsbarkeit. 2) Durch Entsetzung, wenn grober Mifsbrauch nachgewiesen werden kann [p]. 3) Die delegirte und abgetretene Gerichtsbarkeit erlischt insbesondere durch den Tod und Widerruf des Gewaltgebers, mit Ausnahme der bereits anhängig gewordenen Sachen [q]. Da die Gerichtshalter der Patrimonial-Richter auch nur eine abgetretene Gerichtsbarkeit haben, so sollte man in Rücksicht ihrer dasselbe behaupten; allein selten ist man so consequent [r]. Endlich 4) durch gänzliche Unfähigkeit des Verwalters einer persönlichen Gerichtsbarkeit [s]. Das Eigenthum der dinglichen wird dadurch nicht aufgehoben [t], wohl aber das Recht zu deren Ausübung [u].

§. 1065.

C) Fähigkeit zum Richteramt, und

Gewisse Personen sind nämlich nach der Natur der Sache und den Gesetzen zur persönlichen Verwaltung des Richteramts gänzlich unfähig, so, dafs alle Handlungen derselben schlechthin ungültig sind. Dahin gehören 1) Verstandslose, Taube und Stumme [x]. 2) Blinde, aber nur wenn sie es bey Uebertragung des Amts schon waren [y]. 3) Infamirte Personen [z]. 4) Weiber [a], und 5) alle, welche noch nicht das gehörige Alter haben. Ernennt ihn der Regent speciell, so kommt auf das Al-

[n] Zufolge §. 218. fgg.

[o] Malblank §. 67. 68.

[p] Die Ausführung im Criminal-Recht. S. Malblank §. 67. not. 6.

[q] L. 6. de iurisd. (2. 1.) cap. 6. 19. 20. 30. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). Vinnius l. c. cap. ult. §. 4.

[r] Hommel Rhaps. V. 1. Obs. 61. Glücks Comm. §. 208. a. E.

[s] S. den folgenden §phen.

[t] I. H. Brauns de foemina iurisd. patrimonialem habente. Altd. 1706.

[u] Danz ord. Proc. §. 24. not. c. A. M. ist in Betreff der Weiber und Minderjährigen Graefe de iurib. praec. et singular. iurisdict. patr. Lips. 1730. c. 2. §. 4.

[x] L. 12. §. 2. de iudic. (5. 1.).

[y] L. 1. §. 5. de postul. (3. 1.). Cocceii L. 5. T. 1. qu. 6. A. M. ist Hofacker T. 3. §. 4180.

[z] L. 1. pr. ad L. Iul. de vi (48. 7.) L. 2. de offic. assessor. (1. 22.) L. 2. C. de dignit. (12. 1.). Cocceii l. c. qu. 8.

[a] L. 12. §. 2. de iudic. (5. 1.).

ter nichts an. Sonst aber mufs er auf allen Fall 20, oder, wenn die Parteyen zustimmen, wenigstens 18 Jahre alt seyn [b]. Endlich 6) Jeder insofern, als er über seine eigne, oder eine, von ihm als Anwald vertheidigte Sache zu erkennen hat [c]. Aus diesem Grunde sollte man denn auch die Gerichtsbarkeit eines Justitiars, als eine abgetretene, in Sachen des Gerichtsherrn für incompetent halten. Allein fast überall ist das Gegentheil angenommen [d]. Ist ein Richter nicht unfähig, aber doch der Partey verdächtig, so sind seine Handlungen nicht ungültig, aber die Partey kann ihn nach heutigem Recht recusiren [e]. Selbst ein Collegium kann recusirt werden, wenn es sich als solches verdächtig gemacht hat [f]. Uebrigens können die Verdachtsgründe mannigfaltig seyn. Ein Fall dieser Art ist jetzt [g], wenn der Richter in Sachen seiner Angehörigen erkennen will.

§. 1066.

Competenz des Richters. AA) Nach den Gesetzen, a) überhaupt;

Die Competenz des Richters kann begründet werden theils durch die Gesetze, theils durch Willkühr der Parteyen. In der ersten Hinsicht kommt alles darauf an, 1) welche Art der Gerichtsbarkeit Jemandem übertragen ist? welches denn durch sprachrichtige Erörterungen auszumitteln ist [h]; und 2) wie

[b] L. 57. de re iudic. (42. 1.) vergl. mit cap. 41. X. de offic. et potest. iudic. delegat. (1. 29.). Ueber die verschiedenen Ideen s. I. H. Boehmer in not. ad cap. 41. cit. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 17. Cocceii l. c. qu. 7. Stryk eod. q. 8. A. M. ist Hofacker l. c. §. 4181.

[c] L. 10. de iurisd. (2. 1.) L. 77. de iudic. (5. 1.) vergl. mit L. 1. §. 11. quando appelland. (49. 4.) L. 6. pr. C. de postul. (2. 6.).

[d] Hellfeld iur. for. §. 191. Malblank consp. §. 182. G. L. Menken de iure conveniendi subditos in proprio iudicio. Viteb. 1717.

[e] Cap. 10. X. de foro compet. (2. 2.) cap. 5. X. de except. (2. 25.); nicht aber unbedingt nach Röm. R. L. 16. L. ult. C. de iudic. (3. 1.) Nov. 86. c. 2. Schulting de recusat. iudic. suspecti (op. T. 1.). Ueber die Verfahrungsart im Fall der Recusation s. unten die Lehre von Nebenhandlungen.

[f] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 3. Dessen Handb. 1. B. n. 12. §. 1—3.

[g] Cap. 17. 25. X. de offic. et pot. iud. deleg. (1. 29.) cap. 36. X. de appellat. (2. 28.). Ueber die richtige Vereinigung der L. 10. de iurisd. (2. 1.) mit L. 77. de iudic. (5. 1.). S. Averan int. L. 1. c. 5. Falsche Vereinigungsversuche s. bey Cocceii L. 2. T. 1. qu. 8. Danz ord. Proc. §. 24. not. h.

[h] Vergl. hier z. B. in Be-

dieses Gericht durch Concurrenz andrer Gerichte beschränkt ist? Diese Concurrenz ist doppelt. Es gibt nämlich bey uns theils coordinirte, theils subordinirte (Unter-, Mittel-, Ober-) Gerichte. In Rücksicht dieser Concurrenz sind hier folgende Hauptregeln zu bemerken: 1) der Kläger mufs das Gericht angehen, welches für den Beklagten das competente ist [i]. Sind aber 2) mehrere Gerichte zugleich competent, so schliefst das Gericht das andre aus, welches in der streitigen Sache selbst die erste Handlung vorgenommen hat. Diefs nennt man Prävention [k]. Der Kläger kann hier also wählen [l]. 3) Wo Gerichte einander subordinirt sind, mufs in der Regel die Sache zuerst vor dem untersten angebracht, und durch keinen Sprung die Subordination gestört werden [m]. Endlich 4) darf kein Gericht in den Wirkungskreis des andern eigenmächtig eingreifen. Bedarf es der Rechtshülfe eines andern, so mufs es diese durch Requisitions-Schreiben suchen [n].

§. 1067.

Eintheilung der Gerichtsstände.

Die im Staat angeordneten Gerichtsstände treten entweder in der Regel für jeden Bürger ein, oder gewisse Personen haben durch besondere Vergünstigung ein eignes Gericht. In jenem Fall nennt man den Gerichtsstand den gemeinen (*forum commune*), in diesem den befreyten (*f. privilegiatum*). Der gemeine Gerichtsstand ist wieder doppelt, und zwar entweder ein solcher, welcher in der Regel in allen Sachen, oder ein solcher, welcher nur in gewissen Sachen zulässig ist. In jenem Fall nennt man ihn den gemeinen allgemeinen (*f.*

treff der peinlichen, bürgerlichen, Pfahl-Gerichtsbarkeit u. s. w. Glück Comm. §. 189. 195. 201. Malblank consp. §. 75. fgg.

[i] L. 2. C. de iurisd. omn. indic. (3. 13.) L. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.). Hellfeld de actore forum rei haud semper sequente. Ien. 1765. I. G. Bauer pr. de regula iuris: actor sequitur for. rei. Lips. 1756.

[k] Danz ord. Proc. §. 59. Martin Lehrb. §. 43. 63.

[l] L. 19. §. 4. de iudic. (5. 1.) cap. 17. X. de foro comp. (2. 2.).

[m] K. G. O. 2. Th. Tit. 1. §. 1. 2. Tit. 26. §. 1. Tit. 29. §. 1.

[n] L. ult. de iurisd. (2. 1.). T. C. Hartleben Erl. der Rechtsmaterie von Requisitionen. Wetzl. 1792. Martin Lehrb. §. 62.

commune generale), in diesem den gemeinen besondern (*f. commune speciale*). Der befreyte und gemeine besondere Gerichtsstand bringt die Sache zuweilen an ein ganz besonderes, zuweilen an ein sonst incompetentes coordinirtes, zuweilen an ein höheres Gericht [*o*].

§. 1068.

A) Gemeine allgemeine, *a*) des Geburtsorts.

Der erste gemeine allgemeine Gerichtsstand ist der des Geburtsorts (*forum originis*). Nach Römischem Recht ist dieser doppelt, der generelle und specielle. Es konnte nämlich jeder Bürger 1) zu Rom, und nachher auch zu Constantinopel [*p*], als dem gemeinschaftlichen Vaterlande belangt werden, sofern er sich dort betreffen liefs [*q*]. Manche Personen hatten jedoch das *ius revocandi domum* [*r*]. Insbesondere konnten aber 2) eheliche und angenommene Kinder an dem Ort, wo der Vater Bürger, und uneheliche an dem Ort, wo die Mutter Bürgerinn war, belangt werden [*s*]. Dieser Gerichtsstand erlosch auch nicht dadurch, dafs Jemand einen neuen erhielt [*t*], wohl aber durch Ehe [*u*], und Emancipation des Adoptiv-Kindes [*x*]. Jetzt ist diefs alles umgeworfen. Denn A) läfst sich der generelle Gerichtsstand des Geburtsorts nicht mehr denken [*y*]. B) Der specielle ist nach der Praxis da, wo der eheliche Vater, und die uneheliche Mutter ihren allgemeinen Gerichtsstand haben [*z*], und er erlischt, sobald das Kind einen

[*o*] In wiefern die, durch Gönner jur. Abh. 2. B. n. 4. Dessen Handb. 3. B. n. 55. §. 31. streitig gewordene Frage: ob dem Recht der Instanzen dadurch Eintrag geschehen könne? zu bejahen, oder zu verneinen sey? darüber s. unten die Lehre von den Instanzen.

[*p*] L. un. C. de privil. urb. Const. (11. 20.).

[*q*] L. 28. §. 4. ex quib. causs. maior. (4. 6.). L. 33. ad municip. (50. 1.).

[*r*] L. 2. §. 3. 4. 5. de iudic. (5. 1.). Voet L. 5. T. 1. §. 91.

[*s*] L. 6. §. 1. L. 9. L. 15. §. 3. L. 17. §. 9. eod.

[*t*] L. 29. eod. Glück Comment. §. 511. not. 85. 86. 87.

[*u*] L. ult. §. 3. eod.

[*x*] L. 16. eod.

[*y*] Stryk U. M. L. 5. T. 1. §. 19.

[*z*] Lauterbach coll. L. 5. T. 1. §. 42. 43. Schilter Ex. 13. §. 22.

neuen allgemeinen Gerichtsstand erhält [a]. Gröfstentheils trit er also nur noch in Ansehung der Vagabunden ein, welche nach der Praxis aber auch an dem Ort, wo sie sich betreten lassen, belangt werden können [b]. Die Kinder derselben haben da, wo sie getauft, Findelkinder da, wo sie gefunden sind, den Gerichtsstand des Geburtsorts [c].

§. 1069.

b) des Wohnorts.

Der zweyte gemeine allgemeine Gerichtsstand ist der des Wohnorts, d. h. des Orts, wo Jemand einen beständigen Wohnsitz aufgeschlagen hat [d]. Weder Güterbesitz allein, noch die blofse Absicht, an einem Ort zu wohnen, begründen diesen Gerichtsstand, sondern es mufs beides, der Aufenthalt (mit, oder ohne Angesessenheit), und die Absicht sich zu fixiren, zusammentreffen [e]. Mufs Jemand sich an einem Ort nach rechtlicher Vorschrift aufhalten, welche Nothwendigkeit aber für Freye nicht aus einem Vertrage entsteht [f], so ist eben dadurch seine Absicht rechtlich erwiesen [g]; sonst aber mufs sie aus besondern Handlungen dargethan werden, wohin nicht blofs eine ausdrückliche Erklärung gehört [h], sondern auch jedes andre, die Absicht klar beweisende Factum, z. B. die stete Betreibung eines Gewerbes [i], oder der stete Aufenthalt mit den mehrsten Gütern an einem Ort, ohne specielle, nur auf eine gewisse Zeit beschränkte Absichten [k]. Die willkührliche Erwählung eines Wohnorts setzt aber, wegen ihrer verpflichtenden

[a] Malblank consp. §. 158.

[b] C. Thomasii D. de vagabundis. Hofacker princ. T. 3. §. 4222.

[c] Malblank princ. iur. Rom. §. 349.

[d] W. A. Lauterbach de domicilio. D. Meyer de foro domicil. Trai. ad Rh. 1711. L. Beels de foro domicilii.

[e] L. 17. §. 13. ad municip. (50. 1.) L. 4. C. de incolis (10. 39.).

[f] L. 71. §. 2. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 52. de manumiss. test. (40. 4.).

[g] L. 22. §. 3. L. 23. §. 1. ad municip. (50. 1.) L. 8. 9. C. de incolis (10. 39.). Voet L. 5. T. 1. §. 98. Boehmer princ. iur. can. §. 553. 54. Ausnahmen macht I. F. Rivinus de non praesumta domicilii mutatione. Lips. 1726. §. 18.

[h] Struben 2. B. 52. Bed.

[i] L. 27. §. 1. ad municip. (50. 1.).

[k] L. 203. de V. S. (50. 16.) L. 2. C. ubi Senatores (3. 24.).

Folgen, überall voraus, daſs die Person in der Lage ist, sich verbinden zu können [l]. Sobald der Wohnsitz aufgegeben ist, welches aber bewiesen werden muſs [m], und gegen rechtliche Vorschrift, z. B. von Seiten der Frau, nicht geschehen kann [n]: so hört eben dadurch der Gerichtsstand des Wohnorts auf [o]. Eben dieſs gilt, mit Ausnahme der Frau [p], wenn die rechtliche Nothwendigkeit, wodurch der Wohnsitz begründet ward, aufhört [q]. Begibt sich hingegen Jemand seines Wohnsitzes nicht, und erwählt er nur noch einen andern: so hat er zwey Gerichtsstände des Wohnorts [r], unter denen der Kläger wählen kann [s]. Tod, und Heirath eines Frauenzimmers heben diesen Gerichtsstand von selbst auf [t].

§. 1070.

B) Gemeine besondere, a) der Verbrecher.

Besondere Gerichtsstände sind 1) im Fall eines begangenen Verbrechens der Ort der begangenen That (*forum delicti commissi*), und der Ort, wo der Verbrecher betroffen wird (*forum deprehensionis*), zu welchem letzten das Ergreifen nicht gehört [u]. Die Praxis läſst damit auch den Gerichtsstand des Wohnorts concurriren [x]. Unter diesen drey Gerichtsständen entscheidet dann allein die Prävention den Vorrang [y]. Sollte ein Verbrechen bloſs angefangen seyn, so ist das Gericht des Orts, wo dieſs geschah; sollte es aber an dem einen Ort angefangen, und an dem andern vollen-

[l] Lauterbach l. c. §. 36. 37.

[m] I. F. Rivinus l. c.

[n] Quistorp Beytr. Nr. 21.

[o] L. 31. ad municipal. (50. 1.).

[p] S. oben §. 458.

[q] L. 22. §. 3. ad municip. (50. 1.) Rivinus l. c. §. 10. 12.

[r] L. 6. §. 2. eod.

[s] Vermöge §. 1066. Ohne Grund ist A. M. Voet L. 5. T. 1. §. 92.

[t] L. 22. §. 1. ad municip. (50. 1.). Lauterbach l. c. §. 67.

[u] Vergl. überh. L. 7. L. 11. §. 1. de custod. et exhib. reor. (48. 3.) L. 3. de offic. praes. (1. 18.) Nov. 69. c. 1. Nov. 134. c. 5. Münzordn. v. 1559. §. 162. Pol. O. v. 1577. Tit. 23. §. 2. C. G. Winkler de foro delinquent. Idem de offic. iudic. deprehens. (in op. minor. T. 1.). C. F. Gutiahr de exhibit. delinquent. Lips. 1795. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. 3. Aufl. §. 514. 515.

[x] Malblank consp. §. 160. 161.

[y] Feuerbach §. 516.

det seyn, so ist an dem letzten Ort der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens [z]. Ward es in zwey Gerichtsbarkeiten vollendet, so haben beide, unter Vorbehalt der Prävention, gleiche Rechte, und verfahren zusammen [a]. Auch wegen der, aus dem Verbrechen entspringenden Entschädigungsfoderungen ist dieser Gerichtsstand, selbst wenn defshalb abgesondert geklagt wird, competent [b]; doch erlaubt sich die Praxis hier mancherley Beschränkungen [c].

§. 1071.

b) des geschlossenen Vertrags;

2) Wegen der, aus einem Vertrage, oder einem sogenannten Quasicontracte [d] entspringenden Verbindlichkeiten, kann, wenn man dieselben durch eine eigne Hauptklage, und nicht nebenbey verfolgt [e], an dem Ort geklagt werden, wo der Vertrag, oder Quasicontract vollendet ist [f]. Man nennt diefs den Gerichtsstand des Contracts [g]. Die Vernichtung des Geschäfts kann hier aber nicht gefodert werden, sofern das Recht, darauf zu klagen, nicht aus dem Geschäft selbst entspringt [h]; auch mufs, nach kanonischem Recht, der Schuldner sich unter diesem Gericht persönlich, oder mit Gütern betreffen lassen [i]. Ist ein Ort zur Zahlung verab-

[z] L. 7. §. ult. de accus. (48. 2.) L. 28. §. 15. de poen. (48. 19.) L. 1. C. ubi de crimin. agi oport. (3. 15.). Glück Comm. §. 517.

[a] Stübel de foro delicti in confinio civitat. commissi Vit. 1793.

[b] L. 4. §. 4. fin. regund. (10. 1.) L. 3. C. de ord. iudic. (3. 8.) Nov. 69. c. 1. C. C. C. Art. 198. 207. Martin Lehrb. §. 50.

[c] Quistorp peinl. R. §. 576.

[d] S. oben §. 968 — 976.

[e] Voet L. 10. T. 2. §. 42.

[f] L. 19. §. 1. L. 20. de iudic. (5. 1.) L. 27. de condict. indeb. (12. 6.). Voet L. 30. §. 58. Ueber den Fall eines schriftlichen Contracts, und da Abwesende contrahiren, s. Franzke Comm. L. 5. T. 1. n. 36. 37. Voet eod. §. 73. Wernher lect. comm. eod. §. 26.

[g] H. A. Kneisen de foro contract. Goett. 1778.

[h] L. 19. §. 1. de iudic. (5. 1.). Kneisen l. c. §. 3. 4. Andre Ideen haben Voet L. 4. T. 1. §. 7. Cocceii eod. qu. 5.

[i] Nov. 59. c. 1. vergl. mit cap. 1. de foro comp. in 6. (2. 2.). Kneisen l. c. cap. 2. §. 13. Leyser Sp. 73. m. 1. A. M. ist Cocceii L. 5. T. 1. q. 20. L. C. F. Asverus de competentia fori contract. rite determinanda. Ien. 1801.

redet, so ist hier der Gerichtsstand des Contracts [*k*]. Bey Streitigkeiten über die Ehe fällt aber dieser Gerichtsstand weg [*l*], so wie, wenn Jemand mit einem Reisenden auf Credit handelt [*m*].

§. 1072.

c) der geführten Verwaltung;

Zuweilen coincidirend, aber doch im Ganzen hievon verschieden, ist 3) der Gerichtsstand der geführten Verwaltung (*forum gestae administrationis*). In Streitigkeiten nämlich über eine Geschäftsführung ist das Gericht competent, in dessen Bezirk die Geschäfte besorgt wurden [*n*]. Da dieser Gerichtsstand von dem des Contracts verschieden ist, so kann die Vorschrift, daſs der Beklagte sich unter dem Gericht des Contracts müsse betreffen lassen, hieher nicht gezogen werden [*o*].

§. 1073.

d) der gelegenen Sache;

4) Das Gericht, in dessen Bezirk eine bewegliche oder unbewegliche Sache belegen ist, ist das Zuständige in Ansehung aller, diese Sache betreffenden dinglichen, und auf Erlangung des Besitzes abzweckenden possessorischen Klagen, und derer, welche man *actiones in rem scriptas* (§. 60.) nennt [*p*]. Dieser Gerichtsstand der gelegenen Sache (*forum rei sitae*) ist aber da nicht competent, wo durch eine dingliche Klage eine *universitas iuris* (§. 262.) verfolgt wird [*q*]; doch ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn der gröſsere Theil der Sachen, welche Gegenstand derselben sind, sich an dem Orte, wo sich der Beklagte aufhält, vereint befindet [*r*].

[*k*] L. 19. §. 2. de iudic. (5. 1.) L. 21. de O. et A. (44. 7.).

[*l*] L. 65. de iudic. (5. 1.).

[*m*] L. 19. §. 2. eod. Nov. 69. c. 1. Struben 2. B. 27. Bed.

[*n*] L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 45. pr. de iudic. (5. 1.) L. 54. §. 1. de procur. (3. 3.) L. 1. 2. C. ubi de ratiocin. (3. 21.).

[*o*] Gönner Handb. 1. B. n. 11. §. 1. 2. 3. A. M. ist Pütter Rechtsf. 3. B. 3. T. S. 770.

[*p*] L. 38. de iudic. (5. 1.) L. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.) L. un. C. ubi de possess. (3. 16.) L. 66. §. ult. ad SCt. Trebell. (36. 1.). I. C. Balser de foro rei sit. ap. Germanos. Giess. 1748. A. A. Hombergk zu Vach de eod. arg. Marb. 1748. Martin Lehrb. §. 47.

[*q*] L. 29. §. ult. de inoffic. test. (5. 2.) Huber L. 5. T. 1. §. 49.

[*r*] L. 50. de iudic. (5. 1.). L. un. C. ubi de hered. (3. 20.). Müller ad Leyser Obs.

§. 1074.

e) geistlicher Sachen;

Nach kanonischem Recht sind 5) alle geistlichen Sachen (*caussae ecclesiasticae*) der geistlichen Gerichtsbarkeit unterworfen [s], d. h. alle Sachen, welche die Religion betreffen, oder sonst irgend durch Gesetze des geistlichen Oberhaupts bestimmt sind, sie mögen nun direct die Religion und den Gottesdienst betreffen (*caussae ecclesiasticae mere tales*, *intrinsice spirituales*), oder nicht (*caussae mixtae*, *per accidens spirituales*), wie Ehesachen [t]. Die Protestanten sind im Ganzen dabey stehen geblieben [u].

§. 1075.

f) des Zusammenhangs der Sachen;

Zu den besondern Gerichtsständen gehört ferner 6) der des Zusammenhangs der Sachen (*forum continentiae caussarum*). Dieser ist wieder doppelt, und zwar A) der Gerichtsstand der Einheit der Sachen (*forum identitatis s. continentiae s. str.*). Wenn nämlich Jemand aus Einem Grunde mehrere, verschiedenen Gerichtsbarkeiten unterworfene Sachen, oder Personen klagend in Anspruch nehmen kann, so darf er, zwar nicht nach Römischem Recht [x], aber wohl nach den Reichsgesetzen [y], bey dem gemeinschaftlichen nächsten Oberrichter der mehreren Sachen oder Personen seine Klage ungetheilt anbringen, also unter den gehörigen Umständen sonst auch bey den Reichsgerichten [z], sofern nur an dieselben appellirt werden konnte. Denn in nichtappellabeln Fällen ist auch das höchste Gericht kein Ober-

324. Stein v. pflichtw. Test. §. 35.

[s] Viele machen hieraus ein forum speciale privilegiatum. Eine neue, an sich zu richtigen Begriffen führende, aber noch mehr von den Worten entfernende Rechtfertigung des Unterschieds zwischen forum speciale commune und privilegiatum hat Martin Lehrb. §. 55.

[t] Ueberh. I. H. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 31. §. 30. fgg. L. 2. T. 2. §. 23. fgg. Malblank conspect. §. 119—127.

[u] Boehmer princ. iur. can. §. 244.

[x] L. 1. 2. de quib. reb. (11. 2.) L. 5. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 8. §. 1. de liberal. causs. (40. 12.) beweisen nichts. I. A. Bach de caussis coniunctis earumque foro comp. (op. n. 7.) §. 5—13.

[y] R. A. v. 1570. §. 77. R. A. v. 1600. §. 23. 24.

[z] Vergl. hier Danz ord. Pr. §. 33.

gericht, und die Klage ist zu theilen [*a*]. Hieran schliefst sich B) der Gerichtsstand der Connexität der Sache (*forum connexitatis caussarum*). Fast alles beruht hier auf der Praxis. Die Gesetze verordnen blofs, dafs eine ganze Sache in demselben Verfahren geendigt [*b*], dafs der Beytritt zu einem Streit da, wo dieser anhängig ist, geschehen [*c*], und der, für die Hauptsache competente Richter alle, sonst vor ihn nicht gehörenden Präjudicial-Puncte entscheiden soll [*d*]. Weiter gehen sie nicht [*e*]. Die Praxis aber nimt das vage, von ihr selbst noch nicht scharf bestimmte [*f*] Princip an, dafs der Richter alle, mit einer Sache in Verbindung stehenden Nebenpuncte entscheiden könne. Die Frage: ob in allen jenen Fällen auch dann, wenn diese Art der Sachen überhaupt seiner Gerichtsbarkeit entzogen ist? wird auch gewöhnlich bejahet [*g*].

§. 1076.

g) des Arrestes, und der Provocation;

Eigentlich eine Unterart dieses letzten Gerichtsstandes ist 7) der des angelegten Arrestes (*forum arresti*). Wenn nämlich ein Richter einen Arrest angelegt hat, so kann er nach dem Herkommen vieler Orte über die Hauptfoderung, wegen deren der Arrest ausgewirkt ist, auch dann erkennen, wenn er in Rücksicht derselben an sich nicht zuständig seyn sollte [*h*]. Wo dem incompetenten Richter diefs nicht gestattet wird, begründet der Arrest in Ansehung der Hauptfoderung keinen besondern Gerichtsstand, sondern er kann dann nur den competenten befestigen [*i*]; jedoch läfst sich immer insofern ein besonderes *forum arresti* annehmen, als es ausge-

[*a*] Bach l. c. §. 20.

[*b*] L. 10. C. de iudic. (3. 1.).

[*c*] L. 49. pr. de iudic. (5. 1.).

[*d*] L. 3. C. de iudic. (3. 1.) L. 1. C. de ord. iudic. (3. 8.) cap. 3. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.).

[*e*] Bach l. c. Dabelow v. Conc. 2. Aufl. S. 724—30.

[*f*] Vergl. hier Claproth ord. Pr. §. 101. Hofacker T. 3. §. 4233. Besonders H. Michaelis Respons. n. X. qu. 4. Martin Lehrb. §. 25—30.

[*g*] Claproth a. a. O. §. 100. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 27. T. 10. §. 4. Martin Lehrb. §. 28. not. m. §. 51.

[*h*] Struv Ex. L. 5. T. 1. §. 41. Brunquell de processu arresti §. 51. (op. T. 1. n. 7.). Danz ord. Pr. §. 32.

[*i*] Diefs gegen Hellfeld iur. for. §. 520.

macht im Fall der Noth erlaubt ist, bey dem incompetenten Richter einen Arrest auszuwirken, die Hauptfoderung mag nun bey demselben verfolgt werden können, oder nicht [*k*]. Vielleicht durch dieselben Ideen von der Connexität der Sachen entstand auch der unten [*l*] zu erwähnende Gerichtsstand der Provocation.

§. 1077.

h) der Widerklage; Auf eben diesen Gründen beruhet zum Theil 8) der durch Anstellung einer Klage begründete Gerichtsstand des Widerbeklagten. Die Praxis hat nämlich, grofsentheils von den Gesetzen verlassen [*m*], angenommen, dafs der Beklagte vor demselben Gerichte, wo er belangt sey, den Kläger wieder belangen könne, gesetzt auch, der Richter sollte in Rücksicht des Klägers incompetent seyn [*n*]; nur mufs die Widerklage angebracht werden, bevor über die Klage entschieden ist [*o*]. In der Regel werden dann Klage und Widerklage in demselben Schriftwechsel (*simultaneo processu*) verhandelt; doch wird ausnahmsweise über die Widerklage erst nach geendigtem Verfahren über die Vorklage entschieden, wenn die letzte für die erste präjudiciell, wenn jene erst nach dem Termine, worin die Einlassung geschah, angebracht ist, wenn beide eine besondere Procefs-Art erfodern [*p*], oder endlich wenn die Vorklage so begünstigt ist, dafs vor Erledigung derselben keine Gegenfoderungen zulässig sind [*q*]. Am Cammergericht foderte man zur Begründung dieses Gerichtsstandes Connexität beider Sachen, sonst aber nicht [*r*]. Da derselbe, wegen der Pflicht

[*k*] Danz summar. Proc. §. 55.

[*l*] Im summarischen Procefs.

[*m*] Denn L. 11. §. 1. de iurisd. (2. 1.) L. 1. §. ult. de var. et extraord. cogn. (50. 13.) sprechen von sehr singulairen Fällen. Eben so Nov. 96. c. 2. Dagegen spricht L. 14. C. de sent. et interloc. (7. 45.), wie das eodem negotio zeigt, nicht von zwey Klagen, sondern von der exc. compensat., welche ausnahmsweise eine condemnatio des Klägers begründen soll. L. 5. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) ist nicht glossirt. Vor allen s. I. a Costa ad Decretal. L. 2. Tit. 4.

[*n*] R. Teller de reconvent. veter. et hodierna. Lips. 1759.

[*o*] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 4. §. 3.

[*p*] Clem. 2. de V. S. (5. 11.) Danz ord. Pr. §. 469.

[*q*] L. 11. C. depos. (4. 34.) cap. 1. 3. 5. 6. X. de rest. spoliat. (2. 13.). C. I. de Gudenus de reconventione. Erf. 1726. §. 13. 14.

[*r*] Danz §. 468. not. e.

des Klägers, dem Beklagten zu folgen [s], nicht als ein willkührlich erwählter (prorogirter), sondern als ein gesetzlich begründeter, nothwendiger Gerichtsstand angesehen werden muſs [t]: so schützt denn auch den Kläger so wenig der, ihm zustehende privilegirte Gerichtsstand [u], als seine persönliche Unterwürfigkeit unter den Regenten eines andern Landes [x]. Die Streitfrage: ob der Richter nicht wenigstens für die Art der Sachen, welche den Gegenstand der Widerklage ausmachen, competent seyn müsse? wird, wie überhaupt bey dem *foro connexitatis*, gewöhnlich bejahet [y].

§. 1078.

i) wegen Mängel des Unterrichters.

Endlich 9) wird wegen entscheidender, von Seiten des Unterrichters sich zeigender Mängel, die Sache ausnahmsweise in den folgenden Fällen an den nächsten Oberrichter gezogen, nämlich A) wenn der Unterrichter hartnäckig die Rechtspflege verweigert [z]; B) wenn er als verdächtig recusirt [a], und endlich C) wenn unter mehreren Niedergerichten die Gerichtsbarkeit streitig ist [b]. In Deutschland gibt es übrigens auſser den bisher genannten noch häufig mancherley andre besondere Gerichtsstände, z. B. für Lehns-, Handels-, Forst-, Deich- und Wechselsachen, worüber aber die particulairen Gesetze studiert werden müssen.

§. 1079.

C) Befreyte Gerichtsstände, a) der Geistlichen;

Einen **befreyten Gerichtsstand** haben 1) die **Geistlichen**, und zwar bey den Katholiken die *clerici maiores*, bey den Protestanten fast alle [c], und zwar dahin, daſs alle gegen sie gerichteten persönli-

[s] Müller ad Leyser Obs. 279.

[t] Bach de prorogat. (op. n. 11.) §. 3. Voet L. 5. T. 1. §. 78.

[u] Danz a. a. O. not. d.

[x] Stryk U. M. L. 5. T. 1. §. 24. A. M. ist Schnaubert Beytr. 2. St. S. 150. fgg.

[y] Vergl. oben §. 1075. a. E. mit den Cit. bey Danz a. a. O. not. c. Voet l. c. §. 85.

[z] cap. 13. X. de iudic. (2. 1.) cap. 8. 10. 11. X. de foro comp. (2. 2.). I. H. Boehmer de querel. denegat. et protr. iust. (Ex. T. 6.).

[a] cap. 4. X. de offic. et pot. iud. deleg. (1. 29.). Das weitere s. unten in der Lehre von den Nebenhandlungen des Processes.

[b] Voet L. 5. T. 1. §. 140—143.

[c] I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 46—48.

chen Klagen bey den geistlichen Gerichten anzubringen sind [d], sofern diese Klagen in der Hauptsache wider sie erhoben werden [e]. In dinglichen Sachen, bey *actionibus in rem scriptis* [f], und wenn von Verbrechen der, vorher zu degradirenden, Geistlichen die Rede ist, sind die weltlichen Gerichte nicht incompetent; doch pflegen die Protestanten Amtsvergehungen auszunehmen [g].

§. 1080.

b) der Studierenden und Soldaten;

Der, 2) den Studierenden durch das gemeine Recht gegebene Gerichtsstand [h] ist nach der jetzigen academischen Verfassung fast durchaus umgeschaffen, und kann nur noch bey denen zur Anwendung kommen, welche auswärts Gymnasien besuchen [i]. Eben so wenig praktisch sind 3) die Vorschriften des Römischen Rechts über den Gerichtsstand der Soldaten [k], da unsre militairische Verfassung überall in dieser Hinsicht auf besonderen Statuten beruht.

§. 1081.

c) mitleidswürdiger Personen.

Nach der Praxis haben 4) mitleidswürdige Personen (*personae miserabiles*) das besondere Vorrecht, dafs sie, wenn sie vor einem Untergericht belangt sind, die Sache sofort vor das höchste, wenigstens vor das höchste Territorial-Gericht [l], also auch vor ein Mittelgericht [m], bringen, und umgekehrt, wenn sie vor dem Regenten belangt werden, die Verhandlung an die untern Gerichte zurückziehen können [n]. In den Gesetzen ist dieser Gerichtsstand nicht gegründet [o]. Nimt man

[d] Boehmer l. c. §. 60. 61.

[e] cap. 5. 8. X. de for. comp. (2. 2.). Boehmer l. c. §. 51 — 57.

[f] Boehmer l. c. §. 50.

[g] Boehmer l. c. §. 63—67.

[h] Auth. Habita C. ne filius pro patre (4. 13.). Niemanns Blätter für Pol. und Cultur. Jahrg. 1799. 2. St. n. 1.

[i] Leyser Sp. 77. m. 1. 2.

[k] S. Glücks Comm. §. 525.

[l] Glück Comm. §. 522.

[m] Wernher lect. comm. L. 5. T. 1. §. 33.

[n] C. Thomasius de singulari aequit. L. un. C. quando imper. inter pup. Hal. 1725.

[o] Man beruft sich auf L. un. C. quando imperat. inter. pupill. (3. 14.). Allein s. Weber Beytr. zu d. L. v. d. Klagen u. Einr. 2. u. 3. St. nr. 12. vergl. mit Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 1.

aber auch das Gegentheil an, so kann man doch auf allen Fall jenes Vorrecht nur Siechen, Gebrechlichen, Pupillen und Wittwen einräumen [p], auch nicht einmal mitleidswürdigen Personen gegen einander [q]. Die mancherley andern in Deutschland üblichen befreyten Gerichtsstände der Adlichen, der charakterisirten, und in Staatsämtern angestellten Personen, sind ein Gegenstand der Wissenschaft des particulairen Rechts.

§. 1082.

b) Verhältnifs der Gerichtsstände zu einander.

Das Verhältnifs der bisher genannten Gerichtsstände zu einander beruht auf folgenden Regeln: I) wer ein besonderes gemeines Forum hat, kann hier, oder, nach Willkühr des Klägers, im gemeinen allgemeinen Foro belangt werden [r]. Ausnahmsweise mufs im besondern Foro geklagt werden, 1) wenn für besondere Sachen eigne Gerichte niedergesetzt sind [s], also wegen geistlicher Sachen im geistlichen Gerichte. Wegen einiger geistlichen Sachen, wohin besonders die *res per accidens spirituales* (§. 1074.) im Possessorio gehören, kann jedoch auch in weltlichen Gerichten geklagt werden. Diese nennt man *caussas mixtas* [t]. Ausschliefsend competent ist gleichfalls 2) der Gerichtsstand einer geführten Verwaltung [u], und eben so 3) der der gelegenen Sachen [x]. Auch rechnet man dahin 4) den

[p] Müller ad Leyser Obs. 117. A. M. sind Danz ord. Pr. §. 37. Malblank consp. §. 169.

[q] Meine Versuche 2. B. S. 295. 296.

[r] L. 19. §. 4. de iudic. (5. 1.) cap. 17. X. de foro comp. (2. 2.).

[s] cap. 5. 8. 13. X. de iudic. (2. 1.).

[t] Gail L. 1. Obs. 38. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 33. fgg.

[u] A. M. sind Boehmer l. c. §. 62. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 11. §. 5. fgg. Allein s. L. 19. §. 1. L. 36. §. 1. L. 49. pr. de iudic. (5. 1.) L. 54. §. 1. de procur. (3. 3.) L. 1. 2. C. ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi oportet (3. 21.), verglichen mit der Rubrik dieses Titels. Wernher lect. comm. L. 5. T. 1. §. 34. Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. 2. u. 3. St. S. 35—58.

[x] L. 38. de iudic. (5. 1.) L. 3. C. ubi in rem act. (3. 19.) L. un. C. ubi de possess. (3. 16.) L. un. C. ubi de heredit. (3. 20.). Donellus comm. L. 17. c. 17. Weber a. a. O. S. 15—34. A. M. ist in Betreff der Mobilien Voet L. 5. T. 1. §. 77., oder wenigstens in Betreff der, den jüngsten Besitz betreffenden Klagen Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 18. Pufendorf T. 3. Obs. 156. Alles Exclu-

Gerichtsstand der Connexität [y], und der Identität der Sachen [z], wenigstens wenn der Beklagte es verlangt. II) Der besondere befreyte Gerichtsstand ist (so weit er nicht, wie der der Geistlichen, durch Gesetze wieder beschränkt ist), ein blofses Surrogat des gemeinen allgemeinen, und schliefst daher die besondern gemeinen Gerichtsstände nicht aus [a]. Nur Geistliche können, wenn sie in einem gemeinen besonderen Gerichtshofe belangt werden, die Verhandlung vor ihrem geistlichen Gericht verlangen, welches jedoch wegfällt, wenn, nach dem Obigen, der besondere Gerichtsstand als ein ausschliefslicher angeordnet ist [b]. Die Einschränkungen, welche man in Betreff mitleidswürdiger Personen macht, um sie vom besondern Gerichtsstande zu befreyen [c], sind willkührlich.

§. 1083.

o) Ausdehnung auf andre Personen.

Der, einer Person ertheilte allgemeine Gerichtsstand geht in einigen Fällen auch auf andre über, nämlich A) der Gerichtsstand des Ehemannes auf seine Frau, unter den oben (§. 453. 458.) angegebenen Bestimmungen. B) Der Gerichtsstand des Vaters auf die, unter seiner Gewalt befindlichen Kinder [d], und endlich C) der des Hausherrn auf dessen Dienstgesinde. In Betreff des gemeinen allgemeinen Gerichtsstandes ist diefs gewifs [e], streitig aber in Ansehung des befreyten. Da der letzte ein blofses Surrogat des ersten ist, so ist es richtiger, wenn man demselben ganz die Natur dieses beylegt, womit auch zum Theil die Gesetze übereinstimmen [f].

sive des fori rei sitae läugnet I. G. Bauer progr. act. real. perinde in foro domicil. ac rei sitae inst. poss. Idem pr. forum domicil. pro incompet. act. real. qui hab. refutantur (beide in dessen opusc. T. 1. n. 41. 43.).

[y] arg. L. 10. C. de iudic. (3. 1.) Claproth ord. Proc. §. 101.

[z] Gail L. 1. Obs. 32. Wernher P. 1. Obs. 105. Claproth a. a. O.

[a] Danz ord. Proc. §. 34.

[b] cap. 5. 8. 13. X. de foro comp. (2. 2.). Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 68.

[c] vergl. Malblank consp. §. 169. Cocceii L. 5. T. 1. qu. 22.

[d] L. un. C. ubi petantur tut. (5. 32.) vergl. mit L. 3. 4. ad municip. (50. 1.). Voet L. 5. T. 1. §. 100.

[e] L. 11. §. 1. de poen. (48. 19.) L. 6. §. 3. ad municipal. (50. 1.) Voet l. c. §. 96.

[f] Auth. Habita C. ne fil. pro patre (4. 13.) c. 69. C. 11.

§. 1084.

d) Uebergang auf die Erben.

In Betreff der Frage, wo der Erbe zu belangen sey? unterscheide man: I) er wird durch eine, erst gegen ihn wirklich gewordene Klage belangt: dann ist sein eigner Gerichtsstand der allein zuständige [g]. II) Durch eine schon gegen den Erblasser stattgefundene Klage. War diese dann 1) schon gegen den Erblasser angestellt, so muſs nach dessen Tode der Streit da fortgeführt werden, wo er anhängig ist. War dieſs aber 2) nicht der Fall, so muſs der Erbe zwar den besondern Gerichtsstand des Erblassers anerkennen [h], nicht aber dessen allgemeinen gemeinen, oder befreyten [i].

§. 1085.

BB) Durch Prorogation. Wie geschieht sie?

Ist ein Gerichtsstand nicht durch die Gesetze begründet, so können die Parteyen ihn durch Willkühr für sich competent machen. Dieſs nennt man jetzt [k] Prorogation, oder Erstreckung der Gerichtsbarkeit [l]. Das Wesen derselben fodert eine freywillige Wahl, und es gibt keine nothwendige Prorogation [m]. Diese Wahl kann übrigens nicht allein durch einen ausdrücklichen Vertrag geschehen, welchen aber, sofern er nicht bloſs in Begebung des befreyten Gerichtsstandes besteht [n], vor Anbringung der Sache bey dem Richter keine der Parteyen, auch jetzt nicht [o], bindet [p]: sondern auch stillschweigend, allein nur von Seiten des Beklagten durch wahre Einlassung (§. 71.), nicht aber durch das, was von Seiten desselben der Einlassung vorher-

qu. 2. Danz ord. Proc. §. 35. Glück Comm. §. 510. A. M. ist Martin Lehrb. §. 54.

[g] L. 38. L. 50. de iudic. (5. 1.) L. 29. §. 4. de inoffic. test. (5. 2.).

[h] L. 19. pr. de iudic. (5. 1.). Koch de foro hered. §. 20.

[i] Koch l. c. §. 12—18. 21.

[k] Zufolge cap. 32. 40. X. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.). Enger ist der Sinn in L. 24. pr. locat. (19. 2.) L. 19. pr. L. 30. pr. §. 1. de leg. I. (30.) L. 2. L. 31. de re iudic. (42. 1.).

[l] D. H. Kemmerich de prorogatione iurisdict. Viteb. 1727. Bach de prorog. iurisd. (op. n. 11.). Stockmann de iurisd. prorog. Lips. 1777.

[m] S. oben 1077.

[n] L. 29. C. de pact. (2. 3.).

[o] A. M. ist Stryk L. 2. T. 1. §. 25.

[p] L. 18. de iurisd. (2. 1.) Huber prael. L. 2. T. 1. §. 12. A. M. sind Voet eod. §. 26. 27. Malblank consp. §. 154.

zugehen pflegt [q], so wenig, als von Seiten des Klägers durch Anstellung der Klage [r]. Ein Irrthum der Parteyen hebt die Prorogation auf [s]; auch kann sie nur stattfinden, wenn der incompetente Richter sie sich gefallen läſst [t].

§. 1086.

Unter welchen Beschränkungen?

Nur der Richter kann durch Prorogation competent gemacht werden, welcher überhaupt eine Gerichtsbarkeit (nicht Zweige derselben) erhalten hat [u], sollte sie ihm auch nur über eine gewisse Classe befreyter Personen ertheilt seyn [x], versteht sich ohne ausdrückliches Verbot, andern Personen Recht zu geben [y]. Daſs ihm über diese einzelne, an ihn gebrachte Art der Sachen eine Gerichtsbarkeit zustehe, ist nicht erforderlich [z], wohl aber, daſs seine Gerichtsbarkeit überhaupt nicht erloschen sey [a], und daſs er dieselbe an gehöriger Gerichtsstelle, und in seinem Gerichtsbezirk ausübe [b]. Ist dieſs, so kann jeder sich ihm unterwerfen. Nur Geistliche dürfen keinen weltlichen, und einen andern geistlichen Richter bloſs dann angehen, wenn ihr ordentlicher Richter dazu einwilligt [c]. Auch ist es jetzt, wenn einer ganzen Classe ein befreyter Gerichtsstand verliehen ist, den dazu gehörigen Personen über-

[q] L. 33. de iudic. (5. 1.) L. 13. C. de except. (8. 36.) L. 4. C. de iurisd. omn. iud. (3. 13.).

[r] A. M. sind Voet l. c. §. 23. 24. Malblank l. c. §. 155.

[s] L. 15. de iurisd. (2. 1.).

[t] Bach l. c. §. 3.

[u] cap. 40. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). Vinnius de iurisd. c. 10. n. 6. Noodt de iurisd. L. 2. c. ult. Voet l. c. §. 16.

[x] L. 1. C. de iurisd. omn. iud. (3. 13.) Cap. 1. 12. X. de foro comp. (2. 2.). Brunnemann ad L. 5. C. de iurisd. omn. iudic. ad L. 2. C. si a non comp. iud. A. M. sind Voet l. c. §. 17. Glück Comm. §. 207. a. E.

[y] L. 5. C. de iurisd. omn. iudic. (3. 13.).

[z] L. 74. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 28. ad municip. (50. 1.) Struben 1. B. 14. Bed. Vergebens führt man L. 61. §. 1. de iudic. (5. 1.) dagegen an.

[a] Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 4. A. M. ist Emminghaus ad Cocceii L. 2. T. 1. qu. 15.

[b] Vinnius a. a. O. — A. M. ist Emminghaus a. a. O.

[c] cap. 1. 12. X. de foro comp. (2. 2.). Die Protestanten halten sich aber, freilich ohne juristischen Grund, selten daran. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 40. 41. G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 241.

haupt nicht mehr erlaubt, sich willkührlich einem andern Richter zu unterwerfen [d].

§. 1087.

Heutiger Gebrauch. Unsre einheimische Verfassung hat hierin rechtlich nichts geändert. Weder das Verbot der Evocation [e] steht der freywilligen Erstreckung der Gerichtsbarkeit von einem Reichslande in ein anderes entgegen [f], noch auch die Natur unsrer Patrimonial-Gerichtsbarkeit [g], am wenigsten aber die Rücksicht auf das ökonomische Wohl der, vom Staat besoldeten Justiz-Bedienten [h] der Prorogation innerhalb des Landes.

§. 1088.

II) Nebenpersonen; 1) von Seiten der Parteyen. Unter den Neben-Personen, welche von Seiten der Parteyen in einem Rechtsstreit auftreten können, verdienen hier nur die Advocaten und Procuratoren genannt zu werden. Unter einem Advocaten versteht man den, welcher einer, für sich, oder einen Andern streitenden Partey bey den gerichtlichen Verhandlungen durch Rath und rechtliche Verträge beysteht [i]. Procurator hingegen ist der, welcher für einen Andern, Namens desselben, dessen Rechtsstreit leitet [k]. Beide Eigenschaften können in derselben Person verbunden seyn, und sind es jetzt auch gewöhnlich [l], so wie es sich auch denken läſst, daſs die Partey selbst ihre Sache vorträgt [m].

[d] cap. 12. X. de foro comp. (2. 2.). Malblank consp. §. 151.

[e] R.A. v. 1512. §. 14. R.A. v. 1654. §. 164. C.G.O. v. 1555. P. 2. Tit. 1. P. 5. Tit. 2. D. H. Kemmerich de iure de non evocando. Viteb. 1726.

[f] Stryk L. 2. T. 1. §. 24. Unbedingt das Gegentheil hat Schnaubert Beytr. 2. St. S. 150. fgg. und eine Mittel-Theorie Malblank consp. §. 153.

[g] Müller ad Leyser Obs. 127. A. M. ist Schnaubert a. a. O. S. 155. fgg. zum Theil Malblank a. a. O.

[h] Bach l. c. §. 9. Seinen Mittelweg verfolgt auch hier Malblank l. c. einen andern Glück Comm. §. 206.

[i] Tit. P. de postulando (3. 1.) C. Neller de postulando s. advocatis caussar. (op. T. 1.) C. C. Hofacker de advocat. Tub. 1788.

[k] Tit. P. de procurat. (3. 3.). C. F. Dapp v. d. Legitimat. zum Proceſs. Frankf. 1789.

[l] Pufendorf T. 1. Obs. 128.

[m] L. 1. §. 2. de postul. (3. 1.).

§. 1089.

A) Advocaten. Wann sind sie zulässig? Jeder kann in der Regel als Anwald alle Rechtssachen, selbst gegen seine Obern vertheidigen [n], und darf, wenn er öffentlich bestellt ist, Niemandem seinen Schutz entziehen [o]. Nur in gewissen Sachen, besonders bey peinlichen Verhören, und wenn Streitigkeiten unter Ehegatten gütlich beyzulegen sind, schliefst man Advocaten aus [p].

§. 1090.

Für wen? Wer seine Rechtsstreitigkeiten zu führen befugt ist, kann sich auch einen Anwald bestellen. Bedarf eine Partey eines solchen, so mufs ihr der Richter, wenn Auffoderungen nicht helfen, von Amtswegen einen solchen beygeben [q], auch dafür sorgen, dafs die eine Partey die geschickten Advocaten nicht allein auf ihrer Seite habe [r].

§. 1091.

Wer ist unfähig? Seine eigne Sache kann natürlich Jeder, aber auch nur der vertheidigen, welcher nach §. 1059. einen Stand im Gericht hat [s]. Für Andre können nicht postuliren: A) Minderjährige [t]; doch sind die Statuten hierüber abweichend. B) Infamirte Personen, die Sachen naher Verwandten ausgenommen [u]. C) Geistliche, wenn sie nicht für nahe Verwandte, und die Kirche auftreten [x]. D) Uebermächtige Personen [y], wovon aber, da der Staat jetzt den Advocaten

[n] Durch eine willkührliche Ausdehnung der L. 10. §. 1. de postul. (3. 1.) behauptet das Gegentheil Cocceii L. 3. T. 1. qu. 1.

[o] L. 7. C. eod. (2. 6.).

[p] Boehmer I. E. P. L. 1. T. 37. §. 2. fgg. Koch inst. iur. crim. §. 667.

[q] L. 9. §. 5. de offic. procons. (1. 16.) cap. 1. X. de offic. iudic. (1. 32.) cap. 14. X. de iudic. (2. 1.).

[r] L. 7. C. de postul. (2. 6.) Stryk L. 3. Tit. 1. §. 8.

[s] §. ult. I. ex quib. causs. manum. non lic. (1. 6.) L. 45. §. 2. de re iudic. (42. 1.).

[t] Nicht nach L. 1. §. 3. de postul. (3. 1.) aber nach cap. 5. §. 2. de procur. in 6. (1. 19.). Leyser Sp. 51. m. 1.

[u] L. 1. §. 6. 8. 11. de postul. (3. 1.).

[x] cap. 1. 2. 3. X. de postul. (1. 37.) Boehmer princ. iur. can. §. 709.

[y] Tit. C. ne liceat potent. (2. 14.).

auctorisirt, bey uns kein Gebrauch zu machen ist. E) Wer zur Strafe von der Praxis ausgeschlossen [z], oder F) excommunicirt [a], oder ein Ketzer ist [b]. Ferner G) ein Notar, insofern er die, von ihm verfaſsten Urkunden [c], und ein Richter und Schiedsrichter, insofern er sein eignes Erkenntniſs bestreitet [d], oder in einer vor ihn, als Richter, gehörenden Sache auftrit [e]. H) Der Anwald des Fiscus, insofern er wider den Fiscus handeln soll, wenige Fälle ausgenommen [f]. Nach der Strenge I) Stumme und Blinde unbedingt [g]. Endlich K) nach der jetzigen Verfassung der mehrsten Länder Jeder, welchen der Staat nicht auctorisirt hat. Der, auf Verlangen beyzubringende Beweis, daſs dieſs geschehen sey, heiſst Legitimation zur Praxis [h].

§. 1092.

Pflichten des Advocaten.

Der Advocat ist seiner Partey zur Treue, und möglichstem Fleiſs verpflichtet [i]; er darf sich aber nicht zur Vertheidigung einer ungerechten Sache, auch wenn er dieſs nachher entdeckt [k], gebrauchen lassen. Unanständige Ausfälle gegen das Gericht und die Partey ahndet der Richter selbst von Amtswegen [l]. Fehlt der Anwald in richtiger Anwendung der Gesetze, so verbessert dieſs der Richter [m]; stellt er aber factische Umstände unrichtig dar, so ist zu unterscheiden, ob er es in Gegenwart der Partey that, oder nicht. Dort ist, nach vorgängigem Beweise des Irrthums Widerruf innerhalb dreyer

[z] L. 8. 9. de postul. (3. 1.).

[a] cap. 8. X. de sentent. excommun. (5. 39.) cap. 8. eod. in 6. (5. 11.).

[b] L. ult. C. de postul. (2. 6.) cap. 11. X. de heret. (5. 7.) vergl. mit W. F. Art. 5. §. 35.

[c] R. A. v. 1548. 1555. Tit. 39. §. 2.

[d] Nur so weit ist man bey L. 14. C. de assessor. (1. 51.) geblieben. Glück Comm. §. 364.

[e] L. 6. C. de postul. (2. 6.).

[f] L. 10. L. 11. de postul. (3. 1.).

[g] L. 1. §. 3. 5. eod. vergl. mit Stryk eod. §. 6. Wernher lect. comm. eod. §. 6.

[h] Danz ord. Proc. §. 148.

[i] L. 9. §. 2. de offic. procons. (1. 16.) L. 14. §. 1. C. de iudic. (3. 1.) L. 2. C. mandat. (4. 35.).

[k] Auth. Hodie iurant. C. de iudic. (3. 1.). Cocceii L. 5. T. 1. qu. 7.

[l] Weber v. Injur. und Schmähschr. 2. Abth. §. 20.

[m] Tit. C. ut quae desunt advoc. part. iud. suppl. (2. 11.).

Tage, hier hingegen der Beweis des Irrthums bis zur rechtskräftig gewordenen Entscheidung zulässig [*n*]. Nach diesen Fristen kann nur um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht werden [*o*].

§. 1093.

Rechte desselben. Jeder Anwald, welcher nicht durch seine Schuld Kosten verursacht hat, kann, ohne vorhergehenden Vertrag, ein, jetzt gewöhnlich nach der Taxe zu bestimmendes Honorar fodern [*p*], selbst dann, wenn er in seiner eignen Sache mit den Kosten gewinnt [*q*], oder wenn er einer, nachher zu Vermögen gekommenen, armen Partey hat dienen müssen [*r*]. Ist ihm eine Belohnung für einzelne Sachen, oder in Bausch und Bogen versprochen, so bleibt es dabey [*s*]; nur darf er sich, bey Strafe der Infamie, für die Zukunft weder vom Gegenstande des Rechtsstreits gewisse Procente (*quota litis*) versprechen lassen [*t*], noch sich überhaupt einen Vortheil auf den Fall des Sieges (*palmarium*) bedingen [*u*]. Verhindert ein Zufall die Ausführung der Sache, so behält er, was ihm für seine künftigen Dienste gegeben ist [*x*]. Auch können die Erben des fiscalischen Anwaldes ein Deservit-Gehalt fodern [*y*], welches aber auf andre salarirte Anwälde

[*n*] L. 2. 3. C. de error. advoc. (2. 10.) cap. 2. de in integr. rest. in 6. (1. 21.). Ueber die Ideen Andrer s. Leyser Sp. 48. m. 7. Struben 1. B. 356. Bed. Müller ad Leyser Obs. 170. 751. Hofacker T. 3. §. 4281. Wehrn de dolo, culpa etc. §. 43. Weber v. d. Beweisführung im Civil-Proc. IV. n. 12—16.

[*o*] S. oben §. 1014. a. E.

[*p*] L. 1. §. 12. de extr. cogn. (50. 13.) L. 56. §. ult. mandat. (17. 1.) G. Krausius de eo quod iust. est circa salar. et honorar. advocator. Vit. 1727.

[*q*] Struben 2. B. 31. Bed. Quistorp Beytr. 1. St. n. 6.

[*r*] Gail L. 1. Obs. 43.

[*s*] Carpzov P. 1. C. 1. Def. 34. Danz ord. Pr. §. 44.

[*t*] L. 53. de pact. (2. 14.) L. 5. C. de postul. (2. 6.) C. v. Eck de pacto de quota litis (Meermann Thes. T. Suppl.).

[*u*] L. 7. mandat. (17. 1.) L. 1. §. 12. de extraord. cogn. (50. 13.) Lauterbach de palmario §. 27. fgg. F. A. Kühnhold de palmario advocat. promisso. Lips. 1725. Struben 1. B. 104. Bed. A. M. ist C. F. Schorch de palmario advoc. licito (op. Erf. no. 3.).

[*x*] L. 38. §. 1. locat. (19. 2.) L. 1. §. 13. de extraord. cogn. (50. 13.).

[*y*] L. 3. §. ult. L. 5. §. ult. C. de advocat. divers. iudic. (2. 8.).

keine Ausdehnung leidet [z]. Die Foderungen des Anwaldes entscheidet der Richter, vor welchem der Procefs verhandelt ist, ohne Weitläuftigkeit [a], und ohne Aufschub der Vollstreckung [b]. Bis dahin kann der Anwald auch zu seiner Sicherheit die, ihm anvertrauten Acten zurückhalten [c].

§. 1094.

B) Procuratoren. Dominium litis.

Nach älterem Römischen Recht wurden Procuratoren im Procefs gar nicht zugelassen. Später erlaubte man ihnen den Zutritt, jedoch unter der merkwürdigen Beschränkung, dafs man, des bestehenden Formular-Wesens wegen, das Eigenthum des Rechtsstreits (*dominium litis*) sofort auf sie übergehen liefs, wenn die Einlassung erfolgt, oder von dem unbestellten Vertheidiger eines Abwesenden Sicherheit geleistet war [d]. Nach und nach ward indefs selbst von den Römern der Procurator einem Bevollmächtigten immer näher gebracht. Allein der Grundbegriff des *dominii litis* blieb. Auch das kanonische Recht und die Reichsgesetze haben denselben beybehalten. Erst die Praxis hat den Procurator in die Reihe der blofsen Bevollmächtigten gesetzt [e], und das, hin und wieder übliche Führen des Rechtsstreits auf den Namen des Procurators ist fast das einzige Ueberbleibsel der älteren Begriffe [f].

§. 1095.

Wann sind sie zulässig? Wann müssen sie handeln?

In der Regel werden Procuratoren in allen bürgerlichen [g] Sachen zugelassen, nur nicht nach der Meynung vieler zur Ableistung eines Eides [h], und zwar nur so-

[z] I. H. Boehmer de anno deservito. cap. 2. (Exerc. T. 3.). Struben 2. B. 122. Bed.

[a] Mevius P. 1. Dec. 134. Gail L. 1. Obs. 44.

[b] Gail L. 2. Obs. 12.

[c] Faselius vom Retent. R. §. 18.

[d] L. 76. de procur. (3. 3.) L. 22. C. eod. (2. 13.).

[e] I. H. Boehmer Diss. de dom. lit. (Exerc. T. 2.) Idem I. E. P. L. 1. T. 38. §. 21—59.

[f] Doch ist die Praxis nicht aufser Streit. Winkler de different. int. lit. cont. iur. vet. et hod. Sect. 3. §. 6. Dapp v. d. Legitim. §. 55—75. Malblank princ. §. 310. Hofacker T. 3. §. 4310.

[g] Ueber peinliche Sachen s. Dapp §. 185—232.

[h] S. unten die Lehre vom Eide. Vergl. auch noch L. 40. pr. L. 43. §. 2. L. 47. pr. de procur. (3. 3.).

fern, als sie sich freywillig dazu verstehen [i]. Gezwungen werden sie blofs dann zur Vertheidigung eines Andern, wenn sie öffentlich dazu bestellt sind [k], wenn ihr, nicht zu ihrem eignen Nutzen von ihnen vertheidigter Principal als Widerbeklagter belangt wird [l], oder wenn ihnen ein Recht nicht wider ihren Willen [m], und unentgeltlich [n] cedirt ward, und sie diefs nicht in eignem Namen *actione utili*, sondern Namens des Cedenten verfolgen [o], und bey dieser Verfolgung Ansprüche an den Cedenten gemacht werden.

§. 1096.

Unfähige Procuratoren.

Als Procuratoren sind ausgeschlossen: A) Alle zu gerichtlichen Handlungen physisch unfähige [p], so wie B) infamirte Personen [q]. C) Minderjährige [r]. D) Weiber. Doch sind diese fähig, im Nothfall für ihre Verwandten und Ehemänner [s]; wohin auch der Fall gehört, wenn sie gegen ein, ihren Kindern nachtheiliges Urtheil die Appellation einlegen [t]. Aufserdem pflegt man Aebtissinnen in Sachen ihres Klosters, und Weiber, welche eine Gerichtsbarkeit haben, nicht unfähig zu halten [u]. E) Soldaten, sofern sie nicht für ihr Regiment [x], die Freyheit ihrer Verwandten [y], oder als Procuratoren zu ihrem Vortheil auftreten [z]. F) Geistliche, in weltlichen,

[i] L. 17. C. de procur. (2. 13.).

[k] Mynsinger cent. 4. Obs. 32.

[l] L. 33. §. 3. 4. L. 35. de procur. (3. 3.). Boehmer de domin. lit. cap. 2. §. 23. cap. 3. §. 16.

[m] L. 33. §. ult. h. t. (3. 3.). Noodt Comm. L. 3. T. 3.

[n] L. 34. vergl. mit L. 70. eod. Voet L. 5. T. 1. §. 84. A. M. ist Glück Comm. §. 398. not. 85.

[o] L. 33. §. 3. h. t. (3. 3.) vergl. mit L. 16. de pact. (2. 14.).

[p] L. 43. pr. h. t. (3. 3.).

[q] §. ult. I. de except. (4. 13.) L. 6. 15. C. h. t. (2. 13.).

[r] L. 23. de minor. (4. 4.) L. 1. §. 3. de postul. (3. 1.) vergl. mit cap. 5. §. 2. de procur. in 6. (1. 19.).

[s] L. 41. h. t. (3. 3.) L. 4. C. eod. (2. 13.).

[t] L. 1. §. 1. de appel. rec. et non rec. (49. 5.).

[u] Arg. cap. 4. X. de arbitr. (1. 43.) arg. cap. 4. X. de confirm. util. (2. 30.). Dapp §. 134—152.

[x] L. 8. §. 2. h. t. (3. 3.).

[y] L. 3. §. 1. de liberal. causs. (40. 12.).

[z] L. 8. §. 2. h. t. (3. 3.) L. 9. C. eod. (2. 13.).

ihre nahen Verwandten nicht betreffenden Sachen [a]. G) Uebermächtige Personen [b]. H) Geächtete und Excommunicirte [c]. Endlich I) an vielen Gerichten alle, welche nicht zur Procuratur bey denselben öffentlich bestellt sind.

§. 1097.

Legitimation zum Procefs. Wer als Procurator für einen Andern zugelassen werden will, mufs beweisen, dafs er von dem, welcher dazu befugt war, bestellt sey, oder dafs ihn die Gesetze insbesondere dazu berechtigt haben. Kann er diefs nicht, so darf ihn der Richter selbst nicht unter Sicherheitsleistung zulassen [d]. Nur dann bedarf es dieses Beweises, welchen man Legitimation zum Procefs nennt, nicht, wenn der Procurator eine Sache anhängig macht, wo der Richter von Amtswegen verfahren kann oder mufs [e].

§. 1098.

Procuratoren, Actoren, Syndici. Wer einen Procurator bestellen will, mufs über die Streitsache, als seine eigne frey verfügen können [f], oder von den Gesetzen zum Vertreter eines Andern bestellt seyn [g]. Ernennt der Eigenthümer einen Anwald, so wird derselbe Procurator im eigentlichen Sinn; ernennt ihn ein Dritter, als Nichteigenthümer, so wird er Actor genannt. Actoren sind jetzt unbedingt die von Vormündern als solchen [h], und von den Vätern und Ehemännern nicht in eigner Sache und Gewalt ernannten Anwälde [i]. Der, von einer Gemeinheit bestellte Procu-

[a] Nov. 123. c. 6. cap. 2. 4. X. ne cleric. (3. 1.).

[b] Tit. C. ne liceat potent. (2. 14.).

[c] Dapp §. 126.

[d] L. 1. L. 24. C. h. t. (2. 13.). Lauterbach coll. L. 3. T. 3. §. 27. G. d'Arnaud coni. L. 1. c. 19. Die Praxis macht jedoch, wenn der unbefugte Procurator Sicherheit leistet, eine Ausnahme. Dapp §. 387. not. a.

[e] L. 3. §. 9. 11. de lib. hom. exhib. (43. 29.) L. 1. C. si per vim (8. 5.).

[f] L. 8. pr. h. t. (3. 3.) L. 18. §. 1. de iudic. (5. 1.). Dapp §. 119 — 124.

[g] §. 6. I. de curat. (1. 23.) L. 11. C. de procur. (2. 13.) L. 1. C. de bon. maternis (6. 60.).

[h] Boehmer de domin. litis cap. 3. §. 10. A. M. ist Dapp §. 76.

[i] Dapp §. 86 — 95. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 12.

rator heifst **Syndicus**, er sey nun auf immer für alle Streitigkeiten derselben bestellt (*syndicus perpetuus*), oder nicht.

§. 1099.

Nothwendigkeit eines Procurators.

In der Regel wird Niemand zur Bestellung eines Procurators gezwungen. Ausgenommen sind A) mehrere beklagte Streitgenossen, welche einen gemeinschaftlichen Anwald, und Gemeinheiten, welche einen Syndicus zu bestellen haben [*k*]; B) *personae illustres* [*l*], und natürlich C) alle, welche physisch unfähig zur Betreibung ihrer Sachen sind. Deutsche Statuten gehen oft weiter. Wo dieser Zwang stattfindet, kann der Richter selbst Procuratoren für die Partey bestellen, wenn diese es nicht thut [*m*].

§. 1100.

Art der Bevollmächtigung.

Die Bevollmächtigung kann geschehen entweder ausdrücklich, oder stillschweigend durch concludente Handlungen des Principals und Anwalds [*n*], wohin besonders das, auf allen Fall aber nicht über die einzelne Handlung zu erstreckende wissentliche Schweigen des Principals zu den Handlungen des Anwalds gehört [*o*]. Ist die geschehene Bevollmächtigung nicht gerichtskundig, so mufs sie durch eine, Beweiskraft habende Urkunde erwiesen werden, woraus absolut erhellen mufs, wer Principal und Anwald, welches die Sache, und wo, und gegen wen sie zu verhandeln sey? Ein, in Nebentheilen wesentliches Erfodernifs ist die Ausdehnung der Vollmacht auf die Erben des Principals (*clausula heredum*), und die Ertheilung des Rechts, einen Afteranwald zu ernennen, wenigstens jetzt [*p*]. In Vollmachten, welche Syndicis (§. 1098.) ausgestellt werden (Syndicat), ist diese Clausel nicht nöthig [*q*]; dagegen aber mufs dar-

[*k*] L. 5. §. 7. iudic. solv. (46. 7.). L. 1. §. 2. 3. L. 2. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.).

[*l*] Nov. 71. c. 1.

[*m*] Hofmann de procurat. ex offic. constituendo. Marb. 1754.

[*n*] L. 8. §. 1. de procur. (3. 3.). Clem. 1. eod. (1. 10.) Dapp §. 241.

[*o*] Danz ord. Proc. §. 130.

[*p*] I. R. A. §. 99. 100. Dapp §. 269—82. Danz §. 135.

[*q*] nach §. 221. Carpzov P. 1. C. 13. Def. 9.

aus erhellen, dafs der Syndicus durch einen förmlichen Act des Gemeindewillens (§. 219.) ausdrücklich, oder stillschweigend ernannt sey [r].

§. 1101.

Fortsetzung. Hat Jemand keine Vollmacht, oder eine solche, der zum Wesen derselben absolut erfoderliche Bestandtheile fehlen [s], so wird er in der Regel nicht zugelassen, ausgenommen wenn er für einen abwesenden Beklagten (als Defensor) auftrit, dabey zur Fortsetzung der Sache fähig ist, und die gehörige Sicherheit leistet [t]. In einigen Fällen vermuthen jedoch die Gesetze, dafs ein, ohne Vollmacht für einen Kläger, oder einen anwesenden Beklagten auftretender Anwald wirklich beauftragt sey. Die, welche zu diesen Personen gehören, heifsen vermuthete Anwälde (*procuratores praesumti*).

§. 1102.

Vermuthete Anwälde. Als vermuthete Anwälde werden zugelassen: A) natürliche erbfähige Verwandten und Schwäger, in gerader Linie ins Unendliche, in den Seitenlinien bis in den zweyten Grad nach Römischer Computation [u]; jedoch so, dafs im Fall der Concurrenz die nächsten vorgehen [x]. B) Streitgenossen nach der Einlassung [y]. Gemeindeglieder können (nach §. 221.) nur da in Gemeindesachen als Streitgenossen angesehen werden, wo die Sache sie selbst, als Einzelne, betrifft [z]. C) Der Ehemann [a]. Doch ist dieser da nicht als vermutheter Anwald zu behandeln, wo er gesetzlich verpflichtet, und zu seinem Vortheil berechtigt ist, die Person der Frau, und deren Güter zu vertheidigen [b]. D) Jeder, welcher zur Sache gehörende Documente in Händen hat, aber nur bis zur Einlassung [c].

[r] Tit. P. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.).

[s] Danz ord. Proc. §. 137.

[t] L. 33. §. 2. L. 46. §. 2. L. 51. §. 2. L. 52. L. 53. L. 54. h. t. (3. 3.).

[u] L. 35. L. 40. §. 4. h. t. (3. 3.). Dapp §. 394. 395. 399. 414.

[x] Dapp §. 397. 398. 411.

[y] L. 2. C. de consort. eiusd. lit. (3. 40.). Dapp §. 433 — 444.

[z] Stryk L. 3. T. 4. §. 7.

[a] L. 21. C. h. t. (2. 13.).

[b] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 12.

[c] K. G. O. 1. Thl. Tit. 21. §. 2.

Alle diese Personen werden (natürlich mit Ausnahme der unter D. erwähnten) im Lauf des Rechtsstreits ohne Vollmacht zugelassen [d]; nur müssen sie gehörige Sicherheit leisten [e], auch darf weder der entgegengesetzte Wille des Principals offenbar [f], noch dessen Zustimmung unmöglich seyn [g].

§. 1103.

Wesentlichkeit der Legitimation.

Die Legitimation mufs im ersten Termine berichtigt, und kann auch nachher in jedem Theil des Processes, selbst vom Richter amtshalber gefodert werden [h], und zwar von wahren Procuratoren, der Beweis der Bevollmächtigung; von Actoren aufserdem der Beweis, dafs der, welcher sie bestellte, dazu befugt war; von auctorisirten Stellvertretern, und vermutheten Procuratoren der Beweis der Eigenschaft, auf welche sie das Vertheidigungsrecht gründen [i]. Die Ratihabition des Principals ergänzt jedoch unbedingt rückwärts alle Mängel [k].

§. 1104.

Pflichten des Procurators.

Der Procurator ist, wie jeder Mandatar, zur Treue und zum Fleifs verpflichtet [l]; nur darf er sich jetzt, ohne besondere Erlaubnifs keinen Andern substituiren [m]. Seine Pflicht ist, innerhalb den Grenzen seines Auftrags, und dessen, was damit zusammenhängt, zu bleiben [n]; doch kommt

[d] L. 35. pr. L. 40. §. 4. h. t. (3. 3.) L. 12. C. eod. (2. 13.). Dapp §. 449. 450. A. M. ist Danz ord. Pr. §. 141.

[e] L. 40. §. 2. 3. L. 46. L. 53. h. t. (3. 3.) L. 21. C. eod. (2. 13.) L. un. C. de satisdat. (2. 57.) L. ult. C. de consort. eiusd. lit. (3. 40.).

[f] L. 40. §. ult. h. t. (3. 3.).

[g] Hofacker T. 3. §. 4303. A. M. ist Danz §. 142.

[h] L. 24. C. h. t. (2. 13.) cap. 4. X. de procur. (1. 38.). I. R. A. §. 42. 121. 122.

[i] Danz ord. Proc. §. 145.

[k] L. 56. de iudic. (5. 1.). Hofacker T. 3. §. 4304.

[l] L. 8. §. 3. L. 9. 10. 11. h. t. (3. 3.) L. 13. 21. C. de mandat. (4. 35.).

[m] A. M. ist Dapp §. 538—544. wegen L. 76. h. t. (3. 3.) L. 8. §. 3. mand. (17. 1.) L. 8. 11. 23. C. h. t. (2. 13.).

[n] Dahin gehört die, vom Procurator wenigstens einzulegende Appellation. L. 17. C. h. t. (2. 13.) vergl. mit cap. penult. X. de procur. (1. 38.). Stryk L. 3. T. 3. §. 43. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 38. §. 51.

hiebey viel darauf an, ob er zur Besorgung aller gerichtlichen und aufsergerichtlichen Geschäfte einer Person (*procurator omnium bonorum*), für alle Rechtsstreitigkeiten (*procurator generalis ad exercendas lites*), für einen einzelnen ganzen Rechtsstreit (*proc. particularis ad totam litem*), oder endlich nur für eine einzelne Handlung (*proc. particularis ad unam speciem*) bestellt ist. Im ersten Fall darf er alle, selbst sehr bedeutenden Handlungen vornehmen, welche der Principal muthmafslich selbst würde gethan haben [o]; in den letzten drey Fällen hingegen blofs die, wesentlich zu dem übertragenen Geschäft gehörenden, nicht aber andre bedeutende Handlungen, wenn er nicht, selbst als vermutheter Procurator [p], dazu ein besonderes Mandat erhalten hat [q]. Die Hinzufügung der kanonischen Clausel: *cum libera* [r], vermehrt, und die Weglassung derselben vermindert diese Rechte nach der jetzigen Praxis nicht [s].

§. 1105.

Besonders wenn mehrere ernannt sind.

Sind mehrere Procuratoren ernannt, wo diefs erlaubt ist [t], und zwar I) von verschiedenen Parteyen: so sind alle vereint zuzulassen [u]. Hat II) dieselbe Partey sie ernannt, so steht 1) der Substitut [x], und der, der Zeit nach zuerst ernannte den andern nach [y]. Haben sie aber 2) gleiche Ansprüche, so schliefst nach Römischem Recht der, welcher zuerst das *dominium litis* erwirbt, die andern aus [z]. Nach kanonischem Recht aber müssen sie alle vereint handeln [a], wenn nicht, wie man es jetzt in einer sehr unbestimmten Formel [b] übersetzt,

[o] L. 58. L. 63. h. t. (3. 3.) L. 12. pr. L. 87. de solut. (46. 3.) L. 11. 12. de pignor. act. (13. 7.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 9. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 38. §. 6.

[p] L. 27. pr. de minor. (4. 4.).

[q] L. 12. de pact. (2. 14.) L. 60. h. t. (3. 3.). Boehmer l. c. §. 10. Dapp §. 517—38.

[r] Cap. 4. 5. de procurat. in 6. (1. 19.).

[s] Boehmer l. c. §. 9. Dapp §. 268. Danz ord. Pr. §. 136.

[t] Eine Ausnahme s. §. 1099.

[u] L. 31. §. 1. h. t. (3. 3.).

[x] I. R. A. §. 100.

[y] L. 31. §. 2. h. t. (3. 3.).

[z] L. 32. eod.

[a] Cap. 6. de procur. in 6. (1. 19.).

[b] Claproth ord. Proc. §. 58.

die Clausel sammt oder sonders, oder die Clausel sammt und sonders hinzugefügt ist. Jene gibt dem Einzelnen im Zweifel das Präventions-Recht, welches bis dahin, dafs er selbst nicht handeln kann, die andern ausschliefst [c]; diese hingegen berechtigt nur allein zu handeln, wenn die andern nicht können und wollen [d]. Allein diefs gilt dann auch von den, unter dem allgemeinen Ausdruck: Procuratoren mit enthaltenen Syndicis [e].

§. 1106.

Rechte derselben. Bey dem Nichtgebrauch des *dominii litis* kann man dem Procurator blofs die Rechte eines Mandatars zuschreiben. Der Widerruf, wohin auch im Zweifel der Fall gehört, wenn der Principal nach Bestellung des Procurators selbst im Gericht erscheint [f], und der Tod des Principals heben also seine Gewalt auf [g]. Dafs er seine Auslagen berechnen kann, versteht sich; doch gibt ihm die Praxis jetzt auch Ansprüche auf ein Honorar [h].

§. 1107.

C) Notarien. In Beziehung auf die Beweisführung im Procefs können als Nebenpersonen für die streitenden Theile auch die Notarien [i], denen die Römischen tabelliones sehr ähnlich gewesen zu seyn scheinen [k], wichtig werden. Man versteht darunter Personen, welche unter kaiserlicher Auctorität über die Gegenstände ihrer eignen Erfahrung in gehöriger Form ein vollgültiges Zeugnifs ablegen können. Auf eigentliche gerichtliche Handlungen erstreckt sich aber der Wirkungskreis derselben nicht [l].

[c] Cap. 6. cit. cap. 8. de offic. et pot. iud. deleg. in 6. (1. 14.).

[d] Cap. 21. X. eod. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 29. §. 25 — 27.

[e] Boehmer l. c. L. 1. T. 39. §. ult.

[f] cap. 8. de procur. in 6. (1. 19.). Viele halten sich jetzt nicht daran gebunden. C. Thomasius de revocatione tacita mandati iudicialis. Hal. 1715. §. 32 — 44.

[g] Struben 5. B. 25. Bed.

[h] Martin Lehrb. d. Proc. §. 73.

[i] Cölner R. A. v. 1512. oder Kaiser Maximilian I. Ordnung der Notarien. Mit Anmerk. v. I. M. Stark. Frkf. a. M. 1799. Kuppermann Handbuch für Notare. 1789. 1796. 4. B. 8.

[k] L. 9. §. 4. de poen. (48. 19.) L. 14. §. 3. C. de SS. eccl. (1. 3.) Nov. 73. c. 5.

[l] Martin Lehrb. §. 77.

§. 1108.

2) Nebenpersonen von Seiten des Gerichts.

Unter den Nebenpersonen, welche von Seiten des Gerichts im Procefs vorkommen, ist der Actuar, welcher jetzt eine andre Benennung zu haben pflegt, die wichtigste. Man versteht darunter eine, zur Aufzeichnung der gerichtlichen Vorgänge unter öffentlicher Auctorität angestellte Person. Ist ein solcher vor, oder nach der Aufzeichnung beeidigt, so haben dessen Registraturen, oder Protocolle vollen Glauben [m]. Wo kein Actuar angestellt ist, sollte der Richter wenigstens zwey Zeugen zuziehen, sofern er dessen Stelle vertrit [n]; allein die particulaire Verfassung ist hierin sehr abweichend [o], und nur in peinlichen Fällen macht man es dem Richter, dem kein Actuar zur Seite ist, zur Pflicht, nicht ohne Zeugen zu handeln [p]. In Betreff der mannigfaltigen bey uns, unter eben so verschiedenen Namen vorkommenden Nebenpersonen läfst sich aus dem gemeinen Recht nichts angeben.

Zweytes Capitel.

Ueber das Object des Processes, oder die Art der gerichtlichen Verhandlungen überhaupt.

Erster Titel.

Ueber die Pflichten und Rechte der Gerichte und Parteyen überhaupt.

§. 1109.

Einleitung.

Aufser dem Subject des Processes mufs in dem allgemeinen Theil auch die Verfahrungsart selbst in Betracht gezogen, und hierüber alles angegeben werden, was in der Regel bey allen Arten der Rechtsstreite stattfindet, wobey denn wiederum die Pflichten, welche vereint von den Gerichten und Parteyen,

[m] Danz ord. Proc. §. 45.

[n] Cap. 11. X. de probat. (2. 19.) cap. 28. X. de test. (2. 20.).

[o] Struben 2. B. 71. 79. Bed.

[p] Glücks Comm. §. 528. not. 21. 24. Martin Lehrb. §. 69.

und diejenigen, welche beide, einzeln betrachtet, zu beobachten haben, so wie die Verhältnisse dritter Personen zu einem Rechtsstreit von einander unterschieden werden müssen.

§. 1110.

1) Rechtliches Gehör. Nullität, Essentialien.

Das erste Princip jedes Processes ist, dafs alle Verhandlungen sich bey Strafe der Nichtigkeit auf die rechtlichen Vorträge beider Theile gründen müssen, und dafs wenigstens keinem Theile die rechtliche Vertheidigung abgeschnitten werden darf [q]. Viele nennen diefs die wesentlichen Bestandtheile (*essentialia*) jedes Processes [r]. Allein richtiger stellt man das Princip allgemein dahin auf: alles was die Gesetze in Betreff des Subjectes des Processes, und nach dem Folgenden in Rücksicht der Verfahrungsart vorschreiben, bewirkt Nichtigkeit der, jenen Vorschriften widerstreitenden Handlungen nebst Allem, was ferner auf diese Handlungen folgt, oder sich darauf gründet [s], sofern nicht der Mangel nachher durch eine gültige Ratihabition (§. 139.) wieder gehoben wird.

§. 1111.

2) Schriftl. Verfahren.

Ein fernerer allgemeiner Grundsatz ist es, dafs alle gerichtlichen Verhandlungen schriftlich vollführt werden müssen [t]. Nur in eiligen Fällen, da bey dem schriftlichen Verfahren der Verzug Gefahr mit sich führen würde, pflegt man eine Ausnahme zu machen.

§. 1112.

3) Pflicht, Ort und Zeit zu beobachten. Ueber Ferien.

Ferner ist es eine allgemeine Vorschrift, dafs alle gerichtlichen Handlungen innerhalb des Gerichtsbezirks, und an dem, zur Haltung des Gerichts bestimmt angewiesenen Orte vorgenommen werden sollen [u], so

[q] Gönner Handb. 1. B. n. 6. Martin Lehrb. §. 14.

[r] I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 6. §. 4. fgg.

[s] Nach dem Princip in §. 82. Ueberh. Gönner a. a. O. 2. B. n. 27. 28. Martin §. 9—16.

[t] L. 2. 3. C. de sent. ex peric. recitand. (7. 44.). K. G. O. v. 1528. 1. Th. 28. Tit. §. 5. 2. Th. 31. Tit. §. 2. Martin Lehrb. §. 16.

[u] L. ult. de iurisd. (2. 1.) L. ult. de offic. praes. urb. (1. 12.) L. 3. de offic. praes. (1. 18.) L. 2. §. 1. quis ordo in poss. (38. 15.).

wie an den, vom Regenten für gerichtliche Geschäfte bestimmten Tagen (*dies fasti, iuridici, sessionum*) [*x*]. Die Tage, an welchen vor einem bestehenden Gericht [*y*] nach dem Calender desselben [*z*] nichts verhandelt werden darf (*nefasti*), nennt man Ferien [*a*]. Sind diese aus religiösen Gründen angeordnet, so nennt man sie göttliche, aus andern Gründen, menschliche. Beide stimmen dahin überein, daſs im Zweifel alle gerichtlichen Handlungen, sofern nicht das Staatswohl dabey interessirt, oder Gefahr beym Verzuge ist, an solchen Tagen nicht vorgenommen werden dürfen [*b*]. Gegen die menschlichen Ferien, wenn sie nicht als göttliche behandelt werden, findet jedoch eine Entsagung statt [*c*].

§. 1113.

4) Beobachtung der gehörigen Ordnung.

Auch die gehörige Ordnung muſs bey gerichtlichen Verhandlungen beobachtet werden [*d*]. Sind A) in einer Sache verschiedene Fragen zu entscheiden, so geht die vor, welche für die andre präparatorisch, oder präjudiciell ist [*e*]. Collidiren B) verschiedene Hauptsachen, so ist die wichtigere vor allen zu verhandeln [*f*]. Welches die wichtigere sey, hängt im Ganzen von der Beurtheilung des Richters ab. Ausdrücklich bestimmt ist jedoch, daſs die Civil-Sache, wenn nicht Gefahr beym Verzuge

[*x*] L. 2. §. 1. cit. L. 7. C. de fer. (3. 12.).

[*y*] Sind die Gerichte aufgehoben, so nennt man dieſs Gerichtssperre (iustitium). I. H. Boehmer de eo quod iustum est durante iustitio (Exerc. T. 2. n. 25.).

[*z*] Denn danach richtet man sich: I. G. Simon Diss. ferias discutens. Ien. 1675. Th. 22.

[*a*] Tit. P. de fer. et dilat. (2. 12.) W. A. Lauterbach de feriis. Tub. 1661. G. C. Neller collect. method. SS. can. et LL. praesc. ad L. 2. Decret. T. 9. Trev. 1755. (in op. Tom. 1. u. Schmidt Thes. iur. eccl. T. 6. n. 19.).

[*b*] L. 3. L. 9. h. t. (2. 12.) L. 5. L. 10. C. eod. (3. 12.). Noch viele andere Ausnahmen macht Simon l. c. Th. 27. 49—53.

[*c*] L. 6. h. t. (2. 12.).

[*d*] I. N. Hert de ord. causs. in iudic. tractand. Giess. 1695. (op. V. 1. T. 3. n. 6.). Meister de ordine cognit. in causs. civ. et crimin. concurs. (op. T. 2. 12. 17.). Gönner Handb. 1. B. n. 25.

[*e*] L. 1. 2. C. de ord. iudic. (3. 8.) L. 1. 2. 3. C. de ord. cogn. (7. 19.) L. 10. C. de iniur. (9. 35.) L. 14. C. de testib. (4. 20.) L. 13. C. de rei vind. (3. 32.).

[*f*] L. 54. de iudic. (5. 1.) L. 33. C. ad L. Iul. de adult. (9. 9.).

ist [g], der peinlichen, eine Geld- einer Ehren-, und eine Privat- einer Staatssache nachstehen soll [h].

Zweyter Titel.

Ueber die besonderen Rechte und Pflichten der Gerichte.

§. 1114.

I) Pflichten. 1) Gegen andere Gerichte.

In Betreff der Gerichte mufs man die Pflichten von den Rechten derselben unterscheiden, und zwar insbesondere bey den ersten [i] wiederum die Pflichten gegen andere Gerichte, gegen die streitenden Theile, und gegen die Mitrichter und Officialen desselben Gerichts. Die ersten reduciren sich auf den Grundsatz, dafs das Gericht die Subordinations-Verhältnisse der Obergerichte (§. 1066.) achten, und sich von allen eigenmächtigen Handlungen enthalten mufs, welche in den Wirkungskreis coordinirter Gerichte eingreifen. Bedarf es der Rechtshülfe der letzten, so mufs es diese durch Requisitions-Schreiben nachsuchen [k].

§. 1115.

2) Gegen die Parteyen. A) Versuch zur Güte.

Die richterlichen Pflichten gegen die Parteyen sind mannigfaltig. Zuerst gehört dahin die allgemeine Verbindlichkeit der Gerichte, Streitigkeiten möglichst abzuwenden, und durch Versuche zur Güte zu einem vertragsmäfsigen Einverständnifs der Parteyen mitzuwirken [l].

§. 1116.

B) Führung der Acten.

Zu den Pflichten der Gerichte gehört ferner, dafs alle gerichtlichen Vorgänge zum Protocoll bemerkt, und die Acten gehörig geordnet und aufbewahrt werden [m]. Dabey ist der

[g] L. 1. C. de appell. (7. 62.)

[h] L. 5. §. 1. ad L. Iul. de vi publ. (48. 6.) L. 35. de iure fisci (49. 14.) L. 104. de R. I. (50. 17.) L. 33. C. ad L. Iul. de adult. (9. 9.).

[i] Gönner Handb. 1. B. n. 9.

[k] Martin Lehrb. §. 119. 120.

[l] S. oben §. 920. a. E.

[m] Pütter Anl. z. gerichtl. Prax. 1. Thl. S. 449. fgg. C. G. Günther v. d. Einricht. d. Hauptarchive, besonders in den D. Reichslanden. Altenb. 1785.

Richter auch auf der andern Seite verpflichtet, offenbar unzulässige Eingaben von den Acten zu entfernen [n], oder, wenn sie zum Scandal gereichen sollten, ganz zu vertilgen [o].

§. 1117.

C) Leitung und Entscheidung der Processe durch Erkenntnisse. Eintheilungen.

In Beziehung auf die Führung und Beendigung der Rechtsstreitigkeiten ist der Richter insbesondere verpflichtet, die gehörigen Weisungen und Befehle zur Entscheidung des Rechtsstreits ergehen zu lassen, und nach hinlänglich verhandelter Sache über den Streit selbst zu entscheiden, und seinen Befehlen und Entscheidungen durch die gesetzlichen Zwangsmittel Wirksamkeit zu verschaffen. Die zur Leitung des Rechtsstreits abzweckenden Auflagen werden Bescheide (*interlocutiones*) oder Decrete im eigentlichen Sinn genannt, und zwar reine (*merae*), oder vermischte (*mixtae*), je nachdem sie einseitig, oder nach vorgängigem Widerspruch erlassen werden. Die, einen streitigen, nicht den blofsen Procefs-Gang betreffenden Punct entscheidenden Erkenntnisse heifsen Urtheile (*sententiae*), und zwar Nebenurtheile (*interlocutoriae*) oder Beyurtheile, wenn sie einen streitigen Neben-Punct, hingegen Haupturtheile (*definitivae*), wenn sie direct in der Hauptsache entscheiden. Die Nebenurtheile sind wieder schlechte (*simplices*), oder vermischte (*mixtae*), je nachdem sie nur auf den Nebenstreit allein Einflufs haben, oder durch Entscheidung desselben auch für die Hauptsache einen Nachtheil mit sich führen [p]. Enthält ein Urtheil blofs die Anwendung dessen, was aus dem Inhalt eines, für die Parteyen verbindlich gewordenen früheren folgt, so heifst es ein Inhäsiv-Bescheid [q].

Terlinden Anleit. zur Registratur - Expeditions - Canzley - und Sportelwissenschaft. 1796. Stufs v. Archiven. Leipz. 1799. G. A. Bachmann über Archive. Amberg 1800.

[n] I. S. Stryk de reiectione ab actis. Hal. 1700.

[o] Stryk l. c. cap. 6. Mevius P. 7. Dec. 193.

[p] Hellfeld iurispr. for. §. 1784. 1785. Claproth ord. proc. §. 195. Martin Lehrb. §. 111—119.

[q] Ueber die Kunst, Urtheile zu fassen, s. überhaupt: C. F. Hommel deutscher Flavius, herausg. v. E. F. Klein 1, B. Bayr. 1800. Püttmann Referir- und Decretir-Kunst.

§. 1118.

Grundsätze. Verfahren ex officio.

Bey allen, bisher genannten Verfügungen ist der Richter verpflichtet, in Gemäſsheit der factischen Anführungen und Gesuche der Parteyen zu erkennen, keineswegs aber jene oder diese von Amtswegen zu ergänzen [r]. Nur in einigen Fällen ist es ihm erlaubt, ungebeten sich einer Partey anzunehmen, nämlich wenn die Sache den Staat [s], Kirchen und milde Stiftungen [t], mitleidswürdige Personen [u], Landleute [x], Alimente und die Brautgabe betrifft [y]. Dasselbe gilt, wenn eine Partey aus Versehen zu wenig bat [z], so wie in Ansehung der, nach der Einlassung fällig werdenden Früchte [a].

§. 1119.

Arten. a) Ladungen. Arten.

Unter den Bescheiden im Allgemeinen sind besonders die Ladungen (*citatio*) auszeichnen. Man versteht darunter jede Auffoderung des Richters an eine Partey, eine gerichtliche Handlung vorzunehmen. Geschieht die Auffoderung in der Absicht, damit die Partey eine, zur Ausführung des Rechtsstreites wesentliche Haupthandlung selbst vornehme, so nennt man sie eine arctatorische Ladung; geschieht sie hingegen zu dem Ende, damit die Partey der Haupthandlung einer andern, welche, auch wenn die erste nicht erscheint, ausgeführt werden kann, zur Wahrnehmung ihrer etwanigen Gerecht-

Leipz. 1783. M. G. Vangerov Theorie der gerichtl. Decretir-Kunst. Hal. 1783. 8. Anleitung zur Referir- und Decretir-Kunst. Halberst. 1798.

[r] L. 6. §. 1. de offic. praes. (1. 18.) L. 13. C. de sentent. et interlocut. (7. 45.) Nov. 113. c. 1. §. 1. Ueberh. Zaunschliffer de offic. iudic. suppletorio. (op. T. 1. n. 1.). I. H. Boehmer de iudice procedente ex officio. (Exerc. T. 2. n. 35.) Gerlach de officio iudicis etc. Mitav. 1783. Gönner Handb. 1. B. n. 10.

[s] J. R. A. §. 100.

[t] L. 28. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Nov. 131. c. 11. 12. Clem. 2. de iudic. (2. 1.).

[u] §. 9. I. de suspect. tut. (1. 26.) L. 2. §. 1. ne de statu defunct. (40. 15.).

[x] L. 1. §. 5. de edendo (2. 13.).

[y] L. 5. §. 8. de agnosc. vel alend. lib. (25. 3.) L. 22. §. 6. solut. matrim. (24. 3.).

[z] §. 34. I. de act. (4. 6.) cap. 6. X. de iudic. (2. 1.). Struben 1. B. 56. Bed.

[a] L. 35. §. 1. de R. V. (6. 1.) L. 25. §. 8. de aedil. edict. (21. 1.).

same beywohne, so heifst sie eine monitorische. Benutzt der Geladene die letzte nicht, so ist ihm diefs unschädlich, und die Handlung wird vorgenommen, als ob er gegenwärtig wäre [*b*]. Folgt er hingegen der arctatorischen Ladung nicht, so mufs er die Kosten des vereitelten Termines immer tragen [*c*]; jedoch wird er nicht eher von der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen, als bis ihn der Richter zum dritten Mal geladen hat, falls ihm nicht in der ersten Ladung eins für alles eine Zeit gesetzt ist [*d*]. So lange eine arctatorische Ladung nicht präclusiv ist, wird sie eine dilatorische genannt. Folgt aber auf ihre Nichtbefolgung Ausschliefsung von der Haupthandlung, so heifst sie eine peremtorische [*e*].

§. 1120.

Dazu gehört Competenz des Richters.

Damit die Ladung (deren Unterlassung Ungültigkeit alles Folgenden, sofern nicht die Genehmigung den Mangel verbessert, nach sich zieht [*f*]) ihre Wirkung äufsere, mufs zuvörderst der citirende Richter competent seyn. Ist er diefs nicht, so mufs er den competenten Richter um Entwerfung und Behändigung der Ladung (subsidiarische Ladung) ersuchen [*g*].

§. 1121.

Inhalt der Ladung.

Die Ladung mufs enthalten eine genaue Angabe des ladenden Richters, des Grundes warum, des Endzwecks zu welchem, den Namen dessen, an welchen, und dessen, für welchen sie erlassen ist, welchen letzten man den Extrahenten nennt;

[*b*] Cap. 2. X. de testib. (2. 20.).

[*c*] L. 2. §. 1. si quis in ius voc. (2. 5.) cap. 7. X. de appell. (2. 28.) cap. 4. 5. 24. X. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.).

[*d*] L. 53. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

[*e*] Zum Theil abweichende, aus der Lehre vom Ungehorsam zu widerlegende Begriffe über diese Arten der Ladung hat Gönner Handb. 2. B. n. 31.

[*f*] Clem. 2. de V. S. (5. 11.) cap. 8. X. de maiorit. et obedient. (1. 34.). C. Wildvogel de citat. ad proc. non necessaria. Ien. 1713. Voet L. 2. T. 4. §. 66. Man darf aber nicht mit Leyser Sp. 469. m. 7. eine Genehmigung darin suchen, wenn der nicht Geladene nicht appellirt. L. 1. §. 1. de fer. et dilat. (2. 12.). Müller Obs. 764.

[*g*] Boehmer princ. iur. can. §. 731.

ferner wenn es sich nicht von selbst versteht, die Benennung des Gerichtsortes, wo, und der Zeit, wann der Geladene erscheinen soll oder darf [h]. Diese Zeitbestimmung kann doppelt geschehen, entweder so, dafs Jemand zum Erscheinen binnen einer Frist (*dies ad quem*), oder zum Erscheinen an einem bestimmten Tage nach einem Zeitraum (*dies fixus*) aufgefodert wird. Ist im letzten Fall der bestimmte Tag ein Feiertag, so ist die Ladung ungültig, und es mufs eine neue erlassen werden [i]. Endigt sich hingegen in jenem Fall die Frist mit einem Feiertage, so wird dieser nicht mitgezählt, und die Frist noch einen Tag weiter hinausgeschoben [k]. Die Mängel der Ladung, sofern sie blofs die Rechte der Parteyen betreffen, heben sich jedoch dadurch, dafs die Parteyen freywillig derselben folgen [l].

§. 1122.

Insinuation derselben.

Die Bekanntmachung der Ladung, so wie überhaupt aller richterlichen Verfügungen, mufs A) innerhalb des Gerichtsbezirkes eines Unter- oder Obergerichts [m] geschehen. Ist der Gerichtsuntergehörige in einem andern Gerichtsbezirk, so mufs der Richter desselben um Behändigung derselben (*citatio mediata*) gebeten werden [n]. B) Sie mufs in der Regel schriftlich geschehen, eilige Fälle, und wenn die Partey im Gericht gegenwärtig ist, ausgenommen [o]. Ferner C) mufs sie durch eine Anzeige, ohne Gewalt, bewirkt werden. Die letzte (*citatio realis*) ist nur im Fall der Widersetzlichkeit, des Verdachts der Flucht, und wo persönliche Gegenwart erfoderlich ist, erlaubt [p]. Auch mufs in der Regel D) die Ladung durch eine Privat-Anzeige geschehen, welche zunächst an den Citanden, oder dessen Stellvertreter zu richten ist [q]; subsidiarisch

[h] Ueberh. Danz ord. Proc. §. 103—113.

[i] L. 1. L. 9. de fer. (2. 12.) L. 2. C. eod. (3. 12.) cap. 6. X. de dolo et contumac. (2. 14.).

[k] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 9 § 18.

[l] Berger Elect. Tit. 10. Obs. 10. n. 3.

[m] Carpzov L. 3. Resp. 23. G. L. Menken de citatione principis commissarii immediata Viteb. 1726.

[n] Danz ord. Proc. §. 101. 102.

[o] Clemen. 2. de V. S. (5. 11.).

[p] Danz §. 96.

[q] Wernher P. 8. Obs. 302. Mevius P. 4. D. 337. P. 6. D. 302. Leyser Sp. 32. m. 1.

aber auch durch Behändigung der Ladung an Hausgenossen, oder einen Anschlag derselben an, oder in der Wohnung bewirkt werden kann [r]. Eine öffentliche Ladung ist nur erlaubt, wenn der Citande verborgen, unbekannt, oder sonst unzugänglich ist [s]. Endlich E) ist die Ladung an einem schicklichen Ort, und zur gehörigen Zeit, also nicht an Feiertagen [t], zu behändigen [u]. Uebrigens ist es im Ganzen gleichgültig, durch wen die Behändigung geschah [x]; nur ist es des Beweises wegen sichrer, sie durch beeidigte Gerichtspersonen besorgen zu lassen [y]. Gewöhnlich wird dem, welcher die Ladung ausgewirkt hat, die Erlassung derselben notificirt [z].

§. 1123.

Wirkungen der Ladung.

Die Citation bewirkt eine gewisse Anhängigkeit der Sache (*litis pendentia*), welche ihre Wirkung darin äufsert, A) dafs der Procefs bey dem ladenden Gerichte, ungeachtet die Parteyen ihren Gerichtsstand ändern, fortgesetzt werden mufs [a]. Sie bewirkt, B) dafs der Gegenstand des Rechtsstreits, als bestrittener (*litigiosum*), während des Verfahrens nicht geändert, oder veräufsert werden darf, jedoch nicht unbedingt. Es trit nämlich von Seiten des Beklagten die Litigiosität zwar jetzt durch Citation, aber nur dann ein, wenn er durch eine Eigenthumsklage belangt ist [b]; von Seiten des Klägers hingegen findet sie zwar überhaupt in Ansehung der angestellten Klage, aber erst nach der Einlassung statt [c]. Auch kann der Richter, wenn die Realisirung des streitigen

[r] L. 4. §. 5. de damno infecto (39. 2.).

[s] cap. 10. X. de dolo et contumacia (2. 14.) Clem. 1. de iudic. (2. 1.). Schott de citatione edictali in hered. absent. ob mort. praesumt. petit. Lips. 1771. Klügel de caussis citat. edictalis. Viteb. 1791.

[t] L. 11. C. de feriis (3. 12.) cap. 10. X. de feriis (2. 9.). Köchy Medit. 1. B. n. 28.

[u] Leyser Spec. 32. m. 3.

[x] Leyser Sp. 31. m. 4. 5.

[y] Claproth ord. Proc. §. 123.

[z] Berger oecon. L. 4. Tit. 16. Th. 1. n. 3.

[a] Clem. 2. ut lite pend. nihil innov. (2. 5.) cap. 19. X. de foro comp. (2. 2.).

[b] Nov. 112. cap. 1. Ueberh. Lauterbach Coll. L. 44. Tit. 6. Ueber den heutigen Gebrauch: Winkler de litis contest. Sect. 3. §. 5. Höpfner Comment. §. 867.

[c] Tit. P. de litigios. (44. 6.) Tit. C. eod. (8. 37.).

Rechts davon abhängig ist, durch provisorische Verfügungen vieles interimistisch in der Lage der Sache ändern [*d*]. Ferner C) hat sie die Prävention (§. 1066.) zur Folge, und D) Verlängerung (*perpetuatio*) der Gerichtsbarkeit [*e*]. Endlich E) wird durch sie die Verjährung unterbrochen [*f*], und der Beklagte in Rücksicht des Fleifses in die Lage eines Besitzers im bösen Glauben gebracht [*g*]. Alle diese Wirkungen der Citation fallen aber wieder weg, wenn der Extrahent und der Citirte nicht erscheinen [*h*], oder der letzte sich den Ungehorsam seines Gegners gefallen läfst [*i*].

§. 1124.

b) Urtheile. Die eigentlichen Urtheile (§. 1117.) können nicht eher erlassen werden, als bis die Sache zur Entscheidung reif, d. h. bis dahin verhandelt ist, dafs der Richter von dem eigentlichen Streit-Punct, und den Rechten der Parteyen unterrichtet ist. Dann folgt, auch ohne die gewöhnliche Submission zum Urthel, der Beschlufs des Verfahrens (*caussae conclusio*) von Amtswegen [*k*]. Das Urtheil mufs sodann, wie die Ladung, alles genau bezeichnen, alle zur Entscheidung reifen Puncte nach den Acten entscheiden [*l*], in der Regel schriftlich entworfen werden [*m*], und sich lediglich nach der angebrachten Klage richten [*n*]. Es darf daher, mit Ausnahme des Kosten-Puncts, und der Fälle, da der Procefs ein *iudicium duplex* (§. 312. 574.)

[*d*] Gönner Handb. 4. B. n. 79.

[*e*] cap. 20. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

[*f*] L. 3. 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.) vergl. mit Berger Oec. L. 4. T. 14. Th. 3. not. 3. Winkler l. c. Sect. 3. §. 3. Martin Lehrb. §. 140.

[*g*] L. 45. de R. V. (6. 1.) L. 25. §. 7. L. 31. §. 3. L. 40. de her. pet. (5. 3.) L. 35. de usur. (22. 1.) L. 2. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.). Winkler l. c. S. 2. §. 8. S. 3. §. 8. Emminghaus ad Coccei i L. 6. T. 1. q. 11. not. o. Gönner Handb. 2. B. n. 35. Glück Comment. 7. B. §. 567.

[*h*] C. Wildvogel de termino circumducto. Ien. 1709.

[*i*] Wildvogel l. c. §. 14. Mevius P. 2. Dec. 67. Danz ord. Proc. §. 39. not. n.

[*k*] Auth. iubemus C. de iudic. (3. 1.). G. A. Struv de concl. in caussa. Ien. 1675. Leyser Sp. 466. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 23.

[*l*] Leyser Spec. 468.

[*m*] L. 2. 3. C. de sentent. ex peric. recit. (7. 44.). Auth. nisi breves C. eod.

[*n*] L. 18. commun. divid. (10. 3.).

ist [o], den Kläger nicht verurtheilen, sondern nur entweder denselben abweisen, oder wider den Beklagten erkennen [p], auch den letzten nicht unter hinzugefügten Bedingungen verurtheilen [q]. Hierauf mufs zur Eröfnung (*publicatio*), nach vorgängiger Ladung der Interessenten, diese mögen dann erscheinen oder nicht (*publicatio in contumaciam*), geschritten, und dieser Act gehörig protocollirt [r], oder allenfalls das Erkenntnifs *in vim publicati* den Parteyen zugefertigt werden [s].

§. 1125.

3) Pflichten der Gerichtspersonen unter sich.

Wo ein Gericht aus mehreren Personen besteht, da sind die Mitglieder unter sich schuldig, in ihrem besonderen Wirkungskreise zu bleiben. Insbesondere sind die votirenden Mitglieder als Referenten verbunden, getreu und in der gehörigen Form den Inhalt der Acten darzustellen [t], und als Votanten der Meynung der Majorität nachzugeben [u]. Bey eigentlichen Urtheilen verlangt man aber jetzt, im Fall der Uneinigkeit, zum Ueberstimmen, dafs die Pluralität der sämmtlichen Votirenden in ihrem Spruch harmonire, und diese Harmonie (den Fall der Ungleichheit in Summen abgerechnet) nicht erst durch Abstraction herausgebracht werde [x]. Ueberwiegen sich ungleiche Stimmen nicht, so gehen die vor, welche für die begünstigte Sache, nämlich für die Ehe, Freyheit, Brautgabe, Erhaltung eines Testa-

[o] §. 7. I. de interdict. (4. 13.) L. 10. fam. herc. (10. 2.).

[p] L. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 3. C. de sentent. (7. 45.).

[q] L. 1. §. 5. quando appell. (49. 4.) L. 37. de excus. tut. (27. 1.). Wildvogel de sentent. conditionali. Claproth ord. Proc. §. 208.

[r] L. 73. de iudic. (5. 1.) L. 47. §. 1. de re iudic. (42. 1.). Leyser Sp. 499.

[s] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 17.

[t] Ueberh. Pütter über die beste Art aus den Acten zu referiren. Gött. 1797. Claproth Grunds. v. Verfert. d. Relationen. Gött. 1789. C. E. Püttmann Referir- und Decretir-Kunst. Leipz. 1783. I. F. Kees Anweis. zum Extrahiren und Referiren d. Gerichtsacten. Leipz. 1789.

[u] L. 36. L. 39. de re iudic. (42. 1.).

[x] Vergl. L. 38. eod. cap. 48. de electione (1. 6.) mit Coccejii L. 4. T. 8. qu. 4. Struben 3. B. 71. Bed. Bülow u. Hagemann Erört. 2. B. n. 20.

ments, und wider den Fiscus erkannt haben [y]. Ist von diesem Princip keine Anwendung zu machen, so überwiegt das Urtheil der Partey, welche für den Beklagten sprach [z]. In Abgange aller dieser Hülfsmittel bleibt nichts übrig, als dem Regenten, oder Spruch-Collegien die Entscheidung zu überlassen. Häufig, aber nicht nach gemeinem Recht, hat der Präsident ein Decisiv-Votum.

§. 1126.

4) Insbesondere Pflichten des Commissars.

In Betreff des Verfahrens eines Commissars (§. 1062.) sind insbesondere noch folgende Regeln wichtig: A) der Commissar mufs, wenn stillschweigende Uebereinkunft den Mangel nicht ergänzt [a], das Verfahren mit Vorlegung seines Auftragsschreibens (*commissoriale*) eröfnen [b], und seinen eignen Namen in die Ladung setzen [c]. Weiterhin handelt er im Zweifel natürlich nach gewöhnlichen Grundsätzen des Processes [d]. B) Sein Vollstreckungsrecht dehnt sich über das ganze Gebiet seines Constituenten aus [e]. C) Obgleich der Commissar, accessorisch eingreifende Geschäfte abgerechnet [f], streng bey seinem Auftrage bleiben mufs [g], so kann und mufs er dennoch stets die bey ihm angebrachte Widerklage annehmen [h]. Da endlich D) die Cabinets-Justiz jetzt wegfällt (§. 1062.), so wird nun nicht mehr [i] von dem Urtheil des Commissars an den Deleganten, sondern von kaiserlichen Commissionen an die Reichsgerichte, und von landesherrlichen an die

[y] L. 38. de re iudic. (42. 1.) L. 10. pr. de inoff. test. (5. 2.) L. 10. de iure fisci (49. 14.) cap. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.).

[z] L. 38. pr. de re iudic. (42. 1.).

[a] Müller ad Leyser Obs. 123. Ueberh. Ruland tract. de commissar. et commission. Frkf. 1664. Gönner Handb. 4. B. n. 74.

[b] Cap. 22. X. de rescript. (1. 3.) cap. 33. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

[c] Cap. 2. X. de dilat. (2. 8.). Gail L. 1. Obs. 48.

[d] Cap. 13. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

[e] Wernher P. 1. Obs. 233.

[f] Cap. 5. X. l. c. Müller Obs. 125.

[g] Cap. 32. 37. X. l. c.

[h] Cap. 1. X. de mut. petit. (4. 2.). Zum Theil a. M. ist Leyser Sp. 123. m. 3. Allein s. Müller Obs. 279.

[i] Anders nach cap. 11. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

höchsten Territorial-Gerichte appellirt [*k*]. Eben der Gang ist zu wählen, wenn der Commissar seine ganze Gerichtsbarkeit einem Andern übertragen hat, und von dem Urtheil dieses Subdelegaten appellirt werden soll, während die Appellation (freilich gegen allgemeine Grundsätze über die *iurisdictio mandata* §. 1061. a. E.) an den Commissar selbst geht, wenn er den Subdelegaten für einzelne Geschäfte bestellte [*l*]. Sind ferner E) mehrere Commissare ernannt, so müssen sie verfahren, wie nach §. 1105. mehrere Procuratoren [*m*], und, wenn nach §. 1125. eine Disharmonie stattfindet, dem Deleganten, oder jetzt vielmehr dem höchsten Gericht, oder Spruch-Collegien, die Entscheidung überlassen [*n*].

§. 1127.

5) Verantwortlichkeit des Richters. Handelt der Richter seinen Pflichten selbst zuwider, oder leidet er, daſs Subalternen des Gerichts Fehler begehen [*o*], so ist er geradezu dafür verantwortlich. Mehrere Collegen haften ganz nach allgemeinen Grundsätzen [*p*]. Die verletzte Partey hat aber gegen den Richter mehrere Rechtsmittel. Handelte er A) arglistig, oder *culpa lata*, so findet a) die Syndicats-Klage (*actio ex syndicatu*, *in factum*, *male iudicati*) gegen ihn, wie gegen einen Verbrecher statt [*q*]. Sodann kann auch b) nicht bloſs die verletzte Partey, sondern jeder Andre [*r*], nachher bey vorkommenden Fällen verlangen, daſs die arglistig von dem Richter aufgestellten widerrechtlichen Bestimmungen gegen denselben und dessen Erben [*s*], und den, welcher sie arglistig auswirkte, zur Anwendung ge-

[*k*] Claproth ord. Proc. §. 58.

[*l*] Cap. 27. §. 2. X. eod. cap. 3. 7. 10. 14. de officio et potest. iud. deleg. in 6. (1. 14.). A. M. ist Gönner jur. Abh. 2. B. n. 40.

[*m*] Cap. 13. X. de rescript. (1. 3.) cap. 7. 21. 26. 28. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

[*n*] Cap. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.).

[*o*] Struben 2. B. 85. Bed.

[*p*] S. oben §. 223.

[*q*] L. 15. §. 1. de iudic. (5. 1.) L. 2. C. de poena iudic. male iudic. (7. 49.). Ueberh. H. A. Storre de act. contra magistrat. vel iudic. instituenda. Altd. 1708. Schmidt v. Kl. u. Einr. nach Webers Ausg. §. 1295—99.

[*r*] L. 3. §. 2. quod quisque iuris (2. 2.).

[*s*] L. 3. §. 5. eod. Der Grund ist hier streitig. Cuiac recit. solenn. ad L. 3. cit. Noodt Comm. L. 2. Tit. 2. Voet eod. §. 1.

bracht werden [t]. Die heutige Gültigkeit dieser letzten, so vielfältig mifsbrauchten [u] Vorschrift ist aber jetzt sehr streitig [x]. Beging dagegen B) der Richter ein geringes Versehen, so würde er nach der Strenge (§. 254. not. t.) gar nicht verantwortlich seyn. Allein später haben selbst die Römer auch in diesem Fall eben so eine *actio in factum* gestattet, als ob er wirklich streng juristisch ein Verbrechen begangen hätte [y]. Nach Grundsätzen der Römer (§. 68.) kann die *actio in factum* in diesem und jenem Fall nur gegen die bereicherten Erben angestellt werden [z], welches aber jetzt wegfällt [a].

§. 1128.

II) Rechte des Richters.

Der Richter ist dagegen aber auch **berechtigt**, sein Ansehn durch dienliche und erlaubte Zwangsmittel und Strafen zu schützen [b]. Hieher gehört die, jetzt freilich nicht mehr gebräuchliche, *actio de albo corrupto* [c]. Er ist daher auch befugt, eine, ihm als Richter zugefügte Beleidigung zu ahnden [d], und über seine, ihm angefochtene Competenz zu urtheilen, sofern ihm nur der Umfang seiner Gerichtsbarkeit, nicht aber die Gerichtsbarkeit selbst von einer Partey streitig gemacht wird [e]. Das, gleichfalls noch hieher gehörende Substitutions-Recht der obrigkeitlichen Personen ist des Zusammenhangs wegen schon oben (§. 1063.) erörtert.

[t] L. 1. pr. §. 2. L. 2. L. 3. pr. eod. L. 7. C. de resc. vend. (4. 44.).

[u] S. z. B. Coccelii L. 2. T. 2. qu. 2. Leyser Sp. 30. m. 3.

[x] Vergl. Coccelii L. 2. T. 2. qu. 1. Müller ad Leyser Obs. 128. Glück Comm. §. 211.

[y] pr. I. de obl. quae quas. ex del. (4. 5.).

[z] L. 16. de iudic. (5. 1.).

[a] Leyser l. c. m. 42.

[b] L. ult. §. 1. de offic. eius cui mand. est iurisd. (1. 21.) cap. 1. 11. X. de offic. et potest. iudic. delegat. (1. 29.).

[c] L. 7. de iurisd. (2. 1.). Stryk L. 2. T. 1. §. 31.

[d] Weber v. Injur. u. Schmähschr. 3. Abth. S. 233. not. 38.

[e] Coccelii L. 2. T. 5. qu. 8. Danz ord. Proc. §. 25.

Dritter Titel.

Ueber die Pflichten und Rechte der Parteyen in Beziehung auf Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen.

§. 1129.

I) Pflichten und Rechte in Beziehung auf künftige Processe.

Die Rechte und Pflichten der streitenden Theile sind mehrfach, und beziehen sich theils auf einen künftigen, theils auf einen schon angefangenen Rechtsstreit. In Ansehung des ersten Gesichtspuncts ist der Inhalt eines proconsularischen Edicts vorzüglich merkwürdig, welchem zufolge Jeder durch eine *actio in factum* auf das Interesse belangt werden kann, welcher das Eigenthum, oder den Besitz einer Sache in der arglistigen Absicht auf einen Andern übertragen hat (*alienatio iudicii mutandi caussa facta*), um dem Kläger seine Rechtsverfolgung zu erschweren, oder unmöglich zu machen [*f*]; dieser mochte nun eine dingliche Klage, oder eine *actio in rem scripta* anstellen wollen [*g*]. Cedirt Jemand seine Klagen arglistig, um dem künftigen Beklagten dadurch zu schaden, so kann der letzte dem Cessionar die Einrede der arglistigen Abtretung entgegensetzen [*h*]. Auch darf der, welcher arglistig seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache abtrat, die, nach Aufhebung der Gemeinschaft wegen der Früchte sonst stattfindenden *actiones utiles* vermöge einer gewissen *L. Licinnia* nicht anstellen [*i*]. Späterhin nahm man bey den Römern noch weiter die Bestimmung an, daſs jeder, welcher arglistig den Besitz aufgebe, um sich der *rei vindicatio* zu entziehen, durch eine *rei vindicatio utilis* zur Strafe als fingirter Besitzer solle belangt werden können [*k*]. Will sich derselbe auf diese Klage einlassen, so fällt die proconsularische *actio in factum* gegen ihn weg [*l*]; doch ist offenbar das pro-

[*f*] L. 1. L. 2. L. 3. §. 1. 2. 5. L. 4. §. 2. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.).

[*g*] L. 3. §. 2. 3. eod.

[*h*] L. 11. 12. eod. Cuiac Obs. L. 10. c. 3. Noodt Comm. L. 4. T. 7. in f.

[*i*] L. ult. pr. eod. vergl. mit L. 11. commun. divid. (10. 3.). Faber rational. ad L. ult. cit.

[*k*] L. 20. §. 6. de hered. pe- tit. (5. 3.) L. 27. §. 3. de R. V. (6. 1.).

[*l*] L. 3. §. 5. L. 8. §. 4. L. 10. pr. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.).

consularische Edict, nach Einführung jener Klage, weder als entbehrlich, noch als unnütz anzusehen [*m*].

§. 1130.

II) Pflichten der Parteyen während des Processes. 1) Gehorsam.

Die Pflichten der Parteyen während des Processes sind theils positiv, theils negativ. Zu jenen gehört zuvörderst die allgemeine Verbindlichkeit, allen rechtmäfsigen richterlichen Auflagen Folge zu leisten. Ist die Incompetenz des Richters offenbar, so brauchen die streitenden Theile ihm nicht zu folgen [*n*], wohl aber, bis zur ausgemachten Sache, wenn sie zweifelhaft ist [*o*]; es sey denn, dafs mehrere Gerichte sich ihre Competenz bestritten, in welchem Fall unläugbar die Verbindlichkeiten der Parteyen einstweilen aufgehoben werden [*p*].

§. 1131.

2) Zeitige Befolgung. Fristen, Ungehorsam, Dilationen.

Eine fernere Pflicht der Parteyen ist, alle, sich auf den angefangenen Rechtsstreit beziehenden Handlungen binnen der gesetzten Frist (*dilatio*), oder an dem bestimmten Tage (*terminus*, Tagefahrt) vorzunehmen. Ein solcher Zeitpunct kann gesetzt seyn entweder durch Vertrag (*terminus conventionalis*), oder den Richter (*t. iudicialis*), oder das Gesetz (*t. legalis*). Im letzten Fall mufs bald der Richter die gesetzliche Frist erst in einem Bescheide den Parteyen ankündigen (*terminus legalis secundum quid*), bald läuft sie sofort, als ein gewisses Factum existirt (*t. legalis absolute talis*). Der Ablauf aller dieser Fristen geschieht natürlich in der Regel, sobald sie vollendet sind (*terminus fatalis*); doch gibt es gewisse Fälle, da Fristen keine Fatalien sind, d. h. da sie erst dann für vollendet gehalten werden, wenn der Gegner darauf angetragen hat (Ungehorsamsanklage), dafs der, dem die Frist gesetzt ist, für einen

[*m*] A. M. sind Titius ius priv. L. 12. c. 4. §. 11. Hommel Rhaps. Obs. 683. Allein s. Noodt Comm. L. 4. T. 7. in f. Cocceii eod. qu. 1. Müller ad Struv eod. §. 93. a. E. Boehmer de act. Sect. 2. c. 11. §. 41.

[*n*] L. ult. de iurisd. (2. 1.) L. 53. §. ult. de re iudic. (42. 1.).

[*o*] cap. 7. X. de appellat. (2. 28.). Cocceii L. 2. Tit. 5. qu. 1.

[*p*] Hommel Rhaps. Obs. 697.

Nachlässigen erklärt werde, und die richterliche Ausschliefsung, ohne vorgängige Reinigung des Verzuges, (§. 104.) wirklich erfolgt (*terminus non fatalis*). Diefs Letzte findet dann in der Regel statt, wenn Jemand eine, zur Fortsetzung des Rechtsstreits wesentliche Handlung vorzunehmen hat [*q*]. Diese Verabsäumung einer Haupthandlung, wozu man verbunden ist, heifst Ungehorsam. Die Folgen desselben bestehen zunächst, aber auch immer, darin, dafs der Ungehorsame die Kosten des Termines tragen mufs (*poena contumaciae generalis*), seine Absicht, nicht Folge leisten zu wollen, sey nun offenbar (*contumacia vera*), oder sie werde blofs aus seinem Nichterscheinen geschlossen (*contumacia praesumta*) [*r*]. Ist aber Jemand zugleich arctatorisch und peremtorisch (§. 1119.) geladen, so wird er von der Haupthandlung selbst ausgeschlossen [*s*]; der Richter kann ihm sonst die Justiz verweigern [*t*], ihn nach Umständen mit einer öffentlichen Strafe belegen [*u*]; auch darf er sich über ein, gegen ihn als Ungehorsamen abgegebenes Erkenntnifs nicht bey dem Oberrichter beschweren [*x*]. Alle diese Strafen können jedoch abgewandt werden, wenn der, dem ein arctatorischer Termin gesetzt ist, vor Ablauf desselben sich eine Fristerstreckung (*prorogatio, dilatio*) auswirkt [*y*].

[*q*] L. 13. §. 2. C. de iudic. (3. 1.). Martin Lehrb. §. 124. Boehmer princ. iur. can. §. 746. Claproth ord. Proc. §. 126. 127.

[*r*] L. 13. §. 2. C. l. c. Hofacker T. 3. §. 4413. Ist Jemand nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt zu erscheinen, so kann ihn eben darum, wenn er nicht erscheint, keine Strafe treffen. Eine ganz abweichende Theorie hat Gönner Handb. 1. B. n. 21. S. dagegen C. R. T. Martin prol. de indole contumaciae in caussis civil. contentiosis. Goett. 1792. Dessen Lehrb. §. 125. 126. Ist übrigens der Gegner selbst Ursache des Ungehorsams, so steht ihm die exceptio doli entgegen. Tit. P. de eo per quem fact. erit (2. 10.). Auch kann natürlich der, welcher selbst ungehorsam ist, seinen Gegner nicht des Ungehorsams anklagen. L. 73. §. 1. de iudic. (5. 1.).

[*s*] Die Folgen dieser Präclusion sind verschieden, und müssen gelegentlich einzeln angegeben werden.

[*t*] L. 26. §. 6. ex quib. causs. maior. (4. 6.) cap. 1. X. de dolo et contumacia. (2. 4.) Tabor ad Meyer Colleg. Argent. L. 2. T. 11. §. 13.

[*u*] J. R. A. §. 37. Danz ord. Proc. §. 456.

[*x*] L. 73. §. 3. de iudic. (5. 1.) L. 13. §. 4. C. eod. (3. 1.).

[*y*] Martin Lehrb. §. 297. Nach Ablauf der Frist kann natürlich nur restitutio in integrum gebeten werden.

Diese kann, wo es die Gesetze nicht namentlich verbieten, sowohl durch eine freye Uebereinkunft der Parteyen, als den Richter ertheilt werden, die gesetzte Frist sey eine rein richterliche, oder eine relativ, oder absolut gesetzliche [z]. Selbst mehrmals finden diese Fristerstreckungen statt; nur muſs, wenn sie der Richter ertheilen soll, bey dem zweyten (nicht erst bey dem dritten Fristgesuch) der Supplicant seine Hindernisse (Ehehaften) bescheinigen und eidlich bewahrheiten [a]. Die neue Frist, welche, wenn das Gesuch die gehörige Form hat, auch durch Stillschweigen des Gerichts ertheilt werden kann [b], läuft dann von dem Tage nach Insinuation des Decrets [c], welches aber als ungültig zu behandeln ist, wenn es wirklich absichtlich durch falsche Gründe erschlichen ward [d].

§. 1132.

3) Auslage, und Erstattung der Kosten.

Ferner ist jede Partey verpflichtet, die durch ihr Suchen veranlaſsten, oder sonst auf ihren Theil fallenden Gerichtskosten zu bezahlen, auch die übrigen erfoderlichen Unkosten zu tragen, falls nicht der Gegner aus besondern Gründen zum einstweiligen Vorschuſs verpflichtet [e], oder einer Partey, sofern sie ihre Armuth erweist und beschwört, das Armenrecht, d. h. eine unentgeltliche Justiz-Pflege zu gestatten seyn sollte [f]. Die gesammten aufgewandten Unkosten müssen aber am Ende des Verfahrens, bis wohin im Urtheil der Kosten-

[z] L. 7. de fer. et dilat. (2. 12.) L. 1. C. de dilat. (3. 11.) L. 4. §. 5. de re iudic. (42. 1.). Voet L. 2. T. 12. §. 11. Andere Ideen haben Boehmer ius D. L. 2. T. 12. §. 7. Glück Comm. §. 266.

[a] L. ult. de fer. (2. 12.) L. 1. C. de dilat. (3. 11.). J. R. A. §. 105. Glück §. 268.

[b] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 38. Dessen Handb. 2. B. n. 165.

[c] C. G. Knorre de recto dilat. usu. Hal. 1739. §. 24.

[d] So ist Berger elect. disc. for. Tit. 20. Obs. 4. mit Wernher lect. comm. L. 2. T. 12. §. 10. zu vereinigen.

[e] L. 27. §. 3. de inoff. test. (5. 2.) L. 7. C. de ord. cogn. (7. 19.) cap. 11. X. de accus. (5. 1.). I. F. Ludovici de expens. lit. actori a reo subministrand. Hal. 1712. Leyser Sp. 87. m. 1.

[f] Schaumburg princ. prax. L. 1. S. 2. c. 3. Gönner Handb. 1. B. n. 24. Martin Lehrb. §. 17.

punct auszusetzen ist [g], dem Sieger erstattet werden [h]; doch werden sie demselben allein zur Last gelegt, wenn er ungehorsam war [i], gegen einander verglichen hingegen, wenn dem verlierenden Theil keine arglistige, oder leichtsinnige Streitsucht vorgeworfen werden kann [k]. Die Kostenerstattung kann auch von den Erben gefodert werden, wenn sie bloſs Entschädigung bezweckt; wenn hingegen die Kosten (im Fall des, dem Gegner keine besonderen Kosten verursachenden Ungehorsams) bloſs zur Strafe zu erlegen sind, so muſs der Erblasser verurtheilt gewesen seyn [l]. Uebrigens gehören zur Erstattung der Unkosten nur die nothwendigen Auslagen [m]; auch ist noch zu bemerken, daſs das Stillschweigen des Urtheils über die Kosten die Vergleichung derselben involvirt [n].

§. 1133.

4) Besondere Verpflichtung wegen einer Chikane.

Wer zur Chikane reizt, oder sich etwas geben läſst, damit er nicht chikanire, wird noch besonders gestraft. Man unterscheide hier folgende Fälle: 1) A gibt B etwas, damit er C chikanire. Dann kann C von B stets das Empfangene, und innerhalb eines Jahres durch die *actio in factum de calumniatoribus* das Vierfache fodern, den A hingegen als Injurianten belangen [o]. 2) A gibt B etwas, damit er C nicht chikanire. Dann kann A das Gegebene zurück-, und C von B innerhalb eines Jahres das Vierfache als reine Strafe

[g] C. Martin de iusto suspendendo iudicio de expensis. Goett. 1796.

[h] Visit. Absch. v. 1713. §. 82.

[i] L. 13. §. 2. C. de iudic. (3. 1.).

[k] L. 7. §. 1. de hered. pet. (5. 3.) §. 1. I. de poen. tem. litig. (4. 16.) L. 78. §. 2. de leg. II. (31.) L. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) L. 6. C. de admin. tutor. (5. 37.) cap. 2. 5. X. de dolo et contum. (2. 14.) cap. 10. X. de poen. (5. 37.). Hennemann Beytr. z. d. Rechtstheorie v. Erstatt. d. Proc. Kosten. 1789. I. F. G. Emmrich über die Proceſs-Kosten, deren Erstattung und Compensation. Gött. 1791. 1792. 2. B. 8. A. M. ist A. D. Weber über die Proc. Kost. 1798. Vergl. auch I. v. Schmidt gen. Phiseldeck Beytr. z. d. Lehre v. den Proc. Kost. 1793.

[l] Glück Comm. §. 255. a. E.

[m] T. I. Reinharth de erroribus pragmaticor. in doctr. de compensat. exp. Erf. 1731. §. 14.

[n] Reinharth l. c. §. 20.

[o] L. 1. pr. de calumn. (3. 6.).

fodern [*p*]. 3) C gibt B etwas, damit er ihn selbst nicht chikanire. Dann kann C stets das Gegebene, und noch dazu innerhalb eines Jahres *actione in factum* das Dreyfache, oder durch die letzte Klage allein das Vierfache fodern [*q*]. Für den heutigen Gebrauch dieser Strafen streiten Manche [*r*]. In peinlichen Sachen wird der Chikaneur nach den Gesetzen noch viel härter gestraft [*s*]. Auch ist hier noch wieder die, oben (§. 1127.) angeführte Strafe zu erwähnen, welche das Auswirken widerrechtlicher Urtheile nach sich zieht.

§. 1134.

5) Besondere Verpflichtung bey Ausführung der Sache. A) Ueberhaupt.

Bey Darstellung der Sache ist es überhaupt in jedem Rechtsstreit Pflicht der Parteyen, sich einer anständigen, nicht beleidigenden [*t*], dem hergebrachten Formular gemäfsen Sprache und Darstellung zu bedienen, und das, was zu ihren Foderungen und ihrer Vertheidigung dient, gehörig zu deduciren. In Beziehung auf die Handlungen beider streitenden Theile ist hier das Verbot des **articulirten Verfahrens** durch den ganzen Procefs [*u*] vorzüglich merkwürdig, kraft dessen jeder Theil die entscheidenden Thatumstände in einem gedrängten, zusammenhängenden Stil darstellen, nicht aber in eine Reihe zerrissener Artikel auflösen soll [*x*]. — Die Deduction selbst mufs enthalten die Darstellung der streitigen Foderungen, und den Beweis der, sie begründenden Thatumstände. Jene beginnt mit der Klage.

§. 1135.

B) Insbesondere. AA) Klage.

Der eigentliche Hauptgegenstand einer **Klage** [*y*] ist die **Foderung** des Klägers (*petitum*), welche theils auf das, was gelei-

[*p*] L. 1. pr. L. 7. pr. eod.

[*q*] L. 5. §. 1. eod. **Huber** eod. Tit. §. 2. **Glück** Comm. §. 429. not. 81.

[*r*] **Glück** Comment. §. 430. not. 86.

[*s*] L. 10. C. de Decurion. (10. 31.) L. 7. C. de Leg. Iul. de vi (9. 12.). **Boehmer** med. ad CCC. Art. 12. §. 6.

[*t*] **Weber** v. Injur. 3. Abth. S. 129. fgg.

[*u*] J. R. A. §. 34. 46. **Gönner** Handb. d. Proc. 1. B. n. 3.

[*x*] Vergl. auch **Leyser** Sp. 36. m. 1. **Danz** ord. Proc. §. 64. **Müller** ad **Leyser** Obs. 140.

[*y*] S. hier überh. **Gönner** Handb. 2. B. n. 33.

stet werden soll, theils, es sey ausdrücklich, oder stillschweigend, auf die Art der Rechtsverfolgung geht. Diese Foderung mufs aber so bestimmt aufgestellt werden, dafs eine Verurtheilung möglich ist, wodurch jedoch im Fall generischer, illiquider Ansprüche ein generelles Gesuch nicht ausgeschlossen wird [z]; auch darf der Kläger nicht mehr fodern, als ihm gebührt. Die Strafe des Zuvielfoderns (*pluris petitio*) besteht nach den Gesetzen darin, dafs, wenn zu frühzeitig (*plus tempore*) gebeten ist, die Zahlungstermine verdoppelt werden, und vom Kläger die Kosten des ersten Verfahrens zu erstatten sind, in den übrigen Fällen aber in dreyfachem Schadensersatz [a]; doch wird, wenn vor Existenz einer Bedingung geklagt ist, der Beklagte verurtheilt, sofern die Bedingung nur zur Zeit des Endurtheils existirt [b]. Eine Art des Zuvielfoderns ist es auch, wenn alternativ geklagt wird, wo der Beklagte nur einfach verpflichtet ist, gesetzt dieser sollte hier auch die Befugnifs haben, etwas Anderes zu geben [c], so wie, wenn nicht alternativ geklagt wird, wo der Beklagte ein Wahlrecht (§. 84.) hat [d]; doch wird im letzten Fall, wenn die alternative Verbindlichkeit actenkundig ist, der Libell von Amtswegen aufrecht erhalten [e]. Uebrigens ist der, welcher zu viel fodert, nach der Praxis nur zur simpeln Entschädigung verpflichtet [f].

§. 1136.

Inhalt der Klage.

Da Verbindlichkeiten nur durch factische Umstände wirklich, und durch Gesetze begründet werden (§. 131.): so kann eine Foderung nur insofern gerichtlich Eingang finden, als sie durch die gehörigen Umstände als gerecht dargestellt wird. Die Klage mufs also ferner enthalten die Angabe der, die Foderung begründenden Thatumstände (*fundamentum agendi*), welche, historisch eingekleidet, die Ge-

[z] L. 7. si pars hered. pet. (5. 4.) L. 6. L. 76. §. 1. de R. V. (6. 1.) L. 24. de R. I. (50. 17.).

[a] §. 33. I. de act. (4. 6.) §. 10. I. de except. (4. 13.).

[b] L. 16. pr. de hered. petit. (5. 3.).

[c] S. z. B. oben §. 198.

[d] I. H. Boehmer de libell. altern. (Exerc. T. 2.).

[e] Leyser Sp. 37. m. 2. Müller Obs. 141.

[f] Müller Obs. 145.

schichtserzählung genannt werden; und endlich, wenigstens da, wo der Kläger sich auf ein, nicht publicirtes geschriebenes Recht gründet, den Beweis, dafs das Gesetz unter diefsen Umständen diese Foderung begründe (*deductio*, *iuris expositio*), wiewohl diese Deduction auch in den Fällen stets erlaubt, und oft räthlich ist, wo die Rechtskenntnifs vom Richter vermuthet werden kann [g]. Die Geschichtserzählung darf nie etwas Irrelevantes enthalten, auch in der Regel keine Widerlegung muthmafslicher Einwendungen (*replica libello inserta*), wenn diese nicht zur Begründung der Klage dienen [h]. Dagegen aber müssen die entscheidenden Thatumstände so bestimmt angegeben werden, dafs dem Gegner eine entscheidende Vertheidigung möglich ist. Bey persönlichen Klagen ist es daher nicht hinreichend, im Allgemeinen die Foderung als eine persönliche anzugeben, sondern es mufs dabey bestimmt das, sie begründende Geschäft oder Factum (*caussa remota*) angeführt werden. Eben diefs ist, wenn es der Beklagte verlangt, bey dinglichen Klagen erfoderlich, und hat hier noch den Nutzen, dafs der unterliegende Kläger die Sache nachher aus neuen Gründen in Anspruch nehmen kann [i].

§. 1137.

Cumulation der Klagen.

In der Regel kann nur Ein Theil, wenn er nicht mit Andern als Streitgenosse eine gemeinschaftliche Sache hat, in einem Klagschreiben seine Rechte gegen Eine Person verfolgen; doch ist es ihm dann erlaubt, mehrere objectiv concurrirende Klagen (§. 67.) mit einander zu verbinden, wenn sich diese Klagen in ihrem Wesen und der Form der Rechtsverfolgung nicht widerstreiten. Man nennt diefs Cumulation der Klagen [k].

[g] R. A. v. 1645. §. 96.

[h] Berger oecon. iur. L. 4. T. 15. §. 2. 3. Fritzsch de replica libello inserenda. Lips. 1736.

[i] L. 11. §. 2. L. 14. §. 2. L. 27. de except. rei iudic. (44. 2.). Vergl. Glück Comment. 3. B. §. 281. Gönner Handb. 2. B. n. 33. §. 4. Wernher lect. c. L. 2. T. 13. §. 10.

[k] S. überh. Schmidt Lehrb. v. d. Klagen und Einreden §. 59—63. 106—112. Danz ord. Proc. §. 81—86.

§. 1138.

BB) Antwort des Beklagten.

Die Vertheidigung des Beklagten kann entweder bloſs die Art der Rechtsverfolgung betreffen, in welchem Fall man sie eine verzögerliche Einrede nennt (§. 71.), oder die Sache selbst. Im letzten Fall sucht er entweder direct, oder indirect die Klage zu vernichten. Das Erste kann geschehen durch Läugnen der Wahrheit der, die Klage begründenden Thatumstände, welchem auch der Fall gleich ist, wenn der Beklagte gewisse, vom Kläger nicht angeführte, aber zur Anstellung der Klage wesentliche Thatumstände läugnet [l], oder durch Läugnen der rechtlichen Wahrheit der Deduction. Jenes ist die verneinende Einlassung (§. 71.), dieses kann man Gegen-Deduction nennen. Die indirecte Vertheidigung durch zerstörliche Einreden (§. 71.) ist wieder zwiefach. Der Beklagte führt nämlich entweder den factischen Grund der Klage entkräftende neue Thatumstände für sich an, oder den rechtlichen Grund entkräftende billige Rechtsgrundsätze. Jenes nennt man zerstörliche Einreden der Thathandlung (*exc. facti s. intentionis*), dieses Einreden des Rechts (*exc. iuris, exceptio s. str.*). Die zerstörlichen Einreden der Thathandlung werden dann verneinende genannt, wenn ein, zwar nicht an sich zur Anstellung, aber doch, wenn es verlangt wird, zur Durchsetzung der Klage erfoderliches Factum durch sie geläugnet wird [m]. In Ansehung aller Einreden ist noch die Bemerkung wichtig, daſs der Richter, wenn nicht bestimmt der Grund derselben angegeben ist (*exceptiones generales*), keine Rücksicht auf sie nimt [n].

§. 1139.

Arten der Einlassung.

Der Beklagte kann mit der indirecten Vertheidigung die directe verbinden, oder nicht. Geschieht das Letzte, so schweigt er entweder, oder er gibt direct den Grund der Klage zu. Das

[l] Gönner jurist. Abh. 2. B. n. 14. Dessen Handb. 2. B. n. 34.

[m] Danz ord. Proc. §. 155. 157. 158. vergl. mit Gönner a. a. O.

[n] Wernher P. 4. Obs. 52. Wehrn v. Einred. §. 23.

Einräumen des factischen Grundes wird bejahende Einlassung (*litis contestatio affirmativa*) genannt; vermischte Einlassung (*mixta*) hingegen, wenn der factische Grund nur zum Theil eingeräumet, zum Theil geläugnet wird. Wer schweigt, und bloſs peremtorische Einreden einwendet, darf aber deſswegen nie behandelt werden, als ob er den Grund der Klage zugestanden hätte, selbst dann nicht, wenn in der Einrede *implicite* ein Bejahen liegen sollte [o].

§. 1140.

Folgen des Läugnens. Wie sich der Beklagte vertheidigen will, hängt im Ganzen von dessen Willkühr ab. Das muthwillige Läugnen hat jedoch, auſser der Verpflichtung zum Kostenersatz (§. 1132.), oft mancherley nachtheilige Folgen, z. B. in einigen Fällen die Verpflichtung, das Doppelte zu zahlen [p], bey dem Abläugnen des Besitzes den Verlust desselben [q], oder der Einrede der Zahlung, wenn die Ausstellung der Handschrift, oder der Empfang des Geldes geläugnet ist [r], u. s. w. [s]. Viele vertheidigen auch noch jetzt ausnahmsweise (§. 66.) des gemeinen Bestens wegen die Anwendbarkeit dieser Strafen [t].

§. 1141.

Wirkungen der Einlassung. Die Einlassung hat manche, durch nichts Vertragsmäſsiges begründete [u] Wirkungen, deren einige (nach §. 1123.) jetzt schon die

[o] L. 9. de except. (44. 1.) cap. 6. X. de except. (2. 25.) cap. 63. de R. I. in 6. (Lib. 5. in fin.) Webers Beytr. z. d. Lehre v. d. Klagen u. Einr. 2. u. 3. St. n. 17. Franzke resol. L. 2. qu. 18. Zum Theil a. M. sind nach Römischem und kanonischem Recht: Krull Prüfung einz. Theile d. bürgerl. Rechts. 2. B. n. 2. Struben 4. B. 12. Bed. ganz abweichend nach jenen Rechten: Donellus ad L. 1. C. de probat. Schilter ad Tit. P. de except. §. 6. I. S. Stryk de excipiente non confesso. Hal. 1704. Nach den Reichsgesetzen weicht ab Gönner Handb. 1. B. n. 19.

[p] §. 17. 23. 26. I. de act. (4. 6.) §. 1. I. de poena tem. litig. (4. 16.). Ueberh. I. G. Fichtner mendaciorum poenae. Altd. 1721. C. O. Rechenberg de mendacio. Lips. 1732.

[q] L. ult. de R. V. (6. 1.) Nov. 118. c. 10.

[r] L. 16. pr. C. de fide instrum. (4. 22.) Nov. 18. c. 8.

[s] Die andern Fälle unten gelegentlich. S. überhaupt Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 60.

[t] Danz ord. Proc. §. 181. not. c.

[u] Weber v. d. natürl. Verb. §. 27.

Ladung mit sich führt, welche aber nicht sämmtlich dieser beygelegt werden können [x]. Diese Wirkungen sind: A) eine cumulative Novation, d. h. es kann vermöge derselben aus dem Urtheil nachher die *actio rei iudicatae* angestellt werden [y]. B) Eine Delegation, d. h. wer die, gegen einen Andern zu richtende Klage muthwillig gegen sich richten läſst, haftet, als wäre er der wahre Beklagte [z]. Sie bewirkt ferner C) Perpetuirung der Klagen [a], und D) die Uebertragung derselben auf die Erben [b]. Diese beiden letzten, aber nicht die übrigen Wirkungen der Einlassung [c], hat auch die bloſse Anbringung einer Klage beym Regenten [d]. Auſserdem wird E) der Beklagte durch die Einlassung des Rechts beraubt, den Richter zu recusiren, falls nicht nachher dazu neue Gründe eintreten; auch kann er sich nachher nicht auf seinen befreyten Gerichtsstand berufen [e]. Eben so verliert F) der Kläger dadurch das Recht der Aenderung der Klage (*mutatio libelli*), d. h. Aenderung der wesentlichen Merkmale dieses Rechtsstreits. Vorher kann die Klage noch immer zurückgenommen, und in allen wesentlichen Puncten gebessert werden. Nachher nicht; sondern der Kläger muſs, unter Erstattung der Kosten, die Klage fallen lassen (*renunciatio libelli*), und eine neue aufstellen. Erläuterungen dunkler Stellen (*declaratio*), und Besserung in Nebenpuncten (*emendatio*) ist jedoch dem Kläger auch nach der Einlassung erlaubt [f]. Endlich G) hebt sie nach den Gesetzen das Recht der Cession der Klage auf [g].

[x] S. überh. Winkler de L. C. iure vet. et hod. Sect. 3. Danz ord. Proc. §. 38. 118. 138.

[y] Brunnemann ad L. 3. C. de usur. rei iudic. (5. 54.).

[z] S. oben §. 1058.

[a] L. ult. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.) Meine Schrift über Verj. u. Bes. 2. Thl. §. 41. nr. 1.

[b] S. oben §. 68.

[c] Danz ord. Proc. §. 38. not. b.

[d] L. 1. 2. C. quando libell. princ. dat. (1. 20.).

[e] L. 12. C. de iudic. (3. 1.) L. 12. 13. C. de except. seu praescr. (8. 36.) Nov. 53. c. 3.

[f] L. 25. de R. I. (50. 17.) L. 3. C. de edendo (2. 1.) Gönner Handb. 1. B. n. 24.

[g] S. oben §. 77. a. E. und §. 1123.

§. 1142.

CC) Ferneres Verfahren bis zur Klarheit des Streitpuncts.

Ob nach der Klage und Antwort noch ein ferneres Verfahren der Parteyen nöthig und erlaubt sey, hängt von den Umständen ab. Das allgemeine Princip ist: der Richter darf die Parteyen nur so lange verfahren lassen, bis er klar sieht, über welche Thatumstände sie einig, oder uneinig sind. Dann erfolgt der Beschlufs der Sache (§. 1124.), welcher jedoch von Amtswegen, oder auf Bitten, wegen neu entdeckter, noch nachzutragender Thatumstände wieder aufgehoben werden kann [*h*]. Enthält daher die Antwort des Beklagten (Exception im Allgemeinen) Einreden, so ist sie dem Kläger mitzutheilen. Die Gegenantwort desselben (Replik im Allgemeinen) kann denn eine Einlassung auf die Einreden, oder Repliken enthalten, die fernere Gegenantwort des Beklagten (Duplik im Allgemeinen) Einlassung auf die Repliken, und Dupliken u. s. w. So geht das Verfahren fort, bis die Streitpuncte klar sind [*i*]. Immer gebührt aber dem Beklagten (also auch dem Kläger als Widerbeklagtem, oder wenn er sich gegen eigentliche Exceptionen vertheidigt) das letzte Wort [*k*], und in der Regel schliefst sich das Verfahren mit der zweyten Handlung des Beklagten [*l*].

§. 1143.

DD) Beweis. a) Allgemeine Grundsätze.

Haben sich die Parteyen die, die Sache entscheidenden Thatumstände während des Verfahrens eingeräumt [*m*], oder ist der Richter durch Notorietät, — ein Begriff, welcher freilich noch einer gesetzlichen Bestimmung bedürfte, aber schwerlich allein auf actenkundige Facta zu beschränken ist [*n*] —, von der Sache unterrichtet: so entscheidet

[*h*] cap. 5. X. de fide instrum. (2. 22.) J. R. A. §. 78. 81. G. I. Hert de resciss. concl. in causs. Arg. 1729.

[*i*] Gönner jur. Abh. 2. B. n. 23. Dessen Handb. 2. B. n. 33. §. 14. fgg. Martin Lehrb. §. 151 — 159.

[*k*] Danz ord. Proc. §. 211. C. Wildvogel de positione ultima. Ien. 1718.

[*l*] J. R. A. §. 45. 46. 55. 81.

[*m*] cap. 4. X. de iudic. (2. 1.).

[*n*] vergl. Martin u. Walch Magaz. für d. gem. T. bürgl. Proc. 1. B. 1. Hft. S. 85. 86. Gönner Handb. 2. B. n. 37. §. 11. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 19. §. 2. fgg. L. F. D. Moser Versuche. Stuttg. 1806. S. 37 — 57.

er den Streit sofort [*o*]. Sind dagegen die entscheidenden Thatumstände ungewifs: so mufs der Richter als solcher nach Maafsgabe der Gesetze von deren Existenz überzeugt werden. Diese Ueberzeugung heifst Beweis [*p*], und das Bestreben, diese Ueberzeugung wirklich zu machen, heifst Beweisführung, wiewohl der Sprachgebrauch nur das, auf jenen Zweck gerichtete Bestreben der Parteyen so zu nennen pflegt. Da der Richter, vor dem der Procefs geführt wird, nach der Lage der Sachen von den streitigen Thatumständen überzeugt werden soll, so versteht es sich denn von selbst, dafs auch vor ihm die Beweisführung geschehen mufs, also weder vor einem Notar, noch einem dritten Richter [*q*].

§. 1144.

aa) Vollkommner, unvollkommner Beweis.

Die Ueberzeugung des Richters kann entweder vollständig seyn (*probatio plena*), oder nicht. Im letzten Fall kann die Beweisführung entweder ganz mifslungen seyn, oder nur zum Theil. Ist das Letzte (*probatio imperfecta*), so lassen sich wieder mehrere Modificationen denken, welche man aber durchaus auf keine scharf bestimmten Classen bringen kann, wiewohl sich im Allgemeinen sagen läfst, dafs die Stärke des unvollkommenen Beweises sich in eben dem Grade mehrt oder mindert, je weniger oder mehr sich das Gegentheil des zu Beweisenden möglich denken läfst [*r*]. Die Praxis [*s*]

[*o*] cap. 3. X. de testib. cogend. (2. 21.) cap. 14. X. de appell. (2. 28.) Leyser spec. 467. m. 1.

[*p*] Ueber den Begriff des Beweises s. Gönner a. a. O. §. 1. fgg. und Walch a. a. O. S. 63. fgg. — Ueber die Lehre vom Beweise: Mascard tr. de probat. Frkf. ad V. 1731. H. Vulteii tr. de probat. et praesumt. Marb. 1587. A. E. Klar Abh. v. Beweise. Braunschw. 1757. I. M. Schneidt Sp. iur. civ. system. sistens doctrin. de probat. Wirc. 1767. v. Tevenar Theor. der Bew. im Civil-Procefs; neu aufgelegt mit Anmerk. von Jury. Magd. 1805. C. F. Elsaesser D. exhibens selecta capita de probat. et reprobat. Tub. 1782. E. C. G. Schneider vollst. Lehre v. rechtl. Beweise. Giefs. 1803. A. D. Weber v. der Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocefs. Halle 1805.

[*q*] Wernher P. 4. Obs. 42. Die Ausnahme bey Leyser Spec. 283. m. 86. ist willkührlich. Müller Obs. 495.

[*r*] Gönner Handb. 2. B. n. 37. §. 24. 25.

[*s*] Donell Comment. L. 24. c. 19.

nimt indefs drey Arten des unvollkommenen Beweises an, einen halben (*semiplena*), einen mehr als halben (*plus quam semiplena*), und einen weniger als halben (*minus quam semiplena*), ohne jedoch in Betreff der Anwendung für die mehrsten Fälle etwas recht Bestimmtes festgesetzt zu haben [*t*].

§. 1145.

bb) Art zu beweisen; natürlich oder künstlich.

Die Art, wie der Richter eine Ueberzeugung erhält, ist zwiefach. Entweder wird er durch eigne, oder fremde sinnliche Wahrnehmung der Existenz des streitigen Thatumstandes geradezu vergewissert (directer natürlicher Beweis), oder er schliefst nur von der Existenz eines andern Thatumstandes, auf die Existenz dessen, worüber Streit ist (indirecter Beweis). Das Letzte wird künstlicher, oder Beweis durch Vermuthungen und Schlüsse genannt [*u*]. In der Regel mufs der Richter nach philosophischen Grundsätzen über Wahrscheinlichkeit und Gewifsheit die Resultate bey dieser Beweisart durch eigne Einsicht bilden. Ein einziges Factum kann hier dann zu einem, völlige Gewifsheit erzeugenden Schlufs führen [*x*], und eben diefs läfst sich bey dem Schlufs aus mehreren gewissen Thatumständen denken, deren jeder einzeln betrachtet nur Wahrscheinlichkeiten begründet, sofern nämlich das, in jeder solcher Wahrscheinlichkeit liegende Gewisse das Ungewisse in der andern aufhebt, und so durch wechselseitiges Eingreifen alles Ungewisse entfernt wird [*y*]. Geschieht diefs nicht, so wird die Wahrscheinlichkeit stärker (*urgens*) oder geringer, je kleiner oder gröfser der Spielraum des Ungewissen ist.

§. 1146.

Ueber Rechtsvermuthungen.

In einigen Fällen [*z*] haben die Gesetze, der Wahrscheinlichkeit, oder andrer Gründe wegen, vorgeschrieben, dafs bey der Existenz eines Thatumstandes die Existenz eines andern

[*t*] Stryk de semiplen. probat. cap. 4. Heineccius de iurisiur. supplet. lubric. §. 20 — 29. Malblank de iureiur. §. 70. 74.

[*u*] Canz de probabilitate iuridica. Tub. 1744. Menoch tr. de praesumtionibus. Genev. 1686.

[*x*] §. 12. I. de inutil. stipul. (3. 20.). Walch a. a. O. S. 79.

[*y*] A. M. ist Gönner a. a. O. §. 25.

[*z*] Man rechne aber nicht da-

angenommen werden solle, als ob sie wirklich erwiesen sey. Diefs nennt man rechtliche Vermuthungen (*praesumtiones iuris*), und im Gegensatz derselben die, auf einem Vernunftschlufs des Richters beruhenden factische Vermuthungen (*pr. facti s. hominis*). Jene wirken in der Regel nur eine interimistische Wahrheit, bis das Gegentheil factisch dargethan ist, und zwar können sie in der Regel durch einen ordentlichen Beweis entkräftet werden (*pr. communes*), zuweilen aber nur durch einen sehr starken Beweis (*pr. violentae*) [a]. In manchen Fällen wird aber gegen eine rechtliche Vermuthung gar kein Beweis gestattet [b]. Dann nennt man sie *fictio iuris*, oder *praesumtio iuris et de iure* [c]. Ist eine rechtliche Vermuthung nicht von der letzten Art, so wird sie durch eine entgegenstehende factische so weit aufgehoben, als die Gewifsheit dieser reicht. Unter mehreren rechtlichen überwiegt die speciellere die allgemeinere, oder bey gleichem Umfange die dringende die gemeine. Unter factischen entscheidet die stärkere Beweiskraft [d].

§. 1147.

CC) Wer beweist? Verfahren von Amtswegen.

Die Mittel, durch welche der Richter von der Existenz eines Thatumstandes überzeugt wird, sind entweder eigne, oder fremde Auctorität, je nachdem nämlich eigne Wahrnehmung oder Reflexion ihn eines Thatumstandes vergewissert, oder die, auf Wahrnehmung oder Reflexion gegründete Aussage Andrer. Ist ein streitiger Thatumstand von der Art, dafs eigne Anschauung

hin alle Fragmente, wo vom Wahrscheinlichen die Rede ist, z. B. L. 31. §. 21. de aedil. edict. (21. 1.) I. H. Boehmer de collisione praesumt. (Exerc. T. 4.) c. 1. §. 8. 9.

[a] L. 24. de probat. (22. 3.) L. 7. de admin. tut. (26. 7.).

[b] L. 14. C. de non num. pec. (4. 30.) cap. 30. X. de sponsal. (4. 1.).

[c] Alteserra tr. de fictionibus iuris. Paris 1659. I. H. Boehmer l. c. I. Alef de praesumt. iuris, et, ut, vocant, de iure. Heidelb. 1740. H. Piccardt de praesumt. quae vulgo iuris et de iure ab interpr. vocari solent, contrar. prob. non admitt. Groening. 1773. I. M. Schneidt de praesumt. iur. et de iur. Wirc. 1770. Moeckert de indole praes. iur. Rint. 1784. C. I. Zahn (Pr. C. Gmelin) de fict. iur. Rom. Tub. 1787. Müller ad Leyser Obs. 450. Weber v. d. Beweisf. V. Abh.

[d] I. H. Boehmer D. cit. cap. 2.

den Richter überzeugen kann, so mufs er diefs von Amtswegen vorziehen, und dadurch die Beweisführung der Parteyen überflüssig machen [e]. Eben so ist er von Amtswegen gehalten, die, aus einem, seiner Anschauung vorliegenden Gegenstande zu abstrahirenden Resultate durch Reflexion gehörig zu bilden, und falls ihm hiezu die nöthigen Kenntnisse fehlen sollten, sich der Unterstützung Sachverständiger zu bedienen [f]. Kann aber nur fremde Auctorität den Richter überzeugen, so müssen die Parteyen diese durch Beweisführung herbeyschaffen, und zwar ist dem Theil der Beweis aufzulegen, welcher, ohne von rechtlichen Vermuthungen unterstützt zu seyn, die Stelle eines Klägers vertrit (§. 1057.), er gründe sich nun auf eine bejahende, oder verneinende Behauptung, also dem Kläger in Rücksicht des Grundes der Klage, dem Beklagten in Rücksicht des Grundes der Exceptionen u. s. w. [g]. In allen Fällen aber sind nur die entscheidenden factischen Thatumstände zu erweisen [h].

§. 1148.

dd) Beweis, Gegenbeweis.

So wie der Beklagte sich durch Läugnen gegen die Behauptungen des Klägers vertheidigen darf, so mufs es ihm auch frey stehen, die Unwahrheit des, über jene Behauptung vom Kläger geführten Beweises, sofern er will, selbst ohne Vorbehalt des Richters [i], darzuthun, wiewohl ihm, wenn

[e] arg. L. 34. de LL. (1. 3.) Gönner Handb. 2. B. n. 37. §. 20. 21.

[f] Gönner a. a. O. n. 35.

[g] §. 4. I. de legat. (2. 20.) L. 2. L. 19. pr. L. 21. de probat. (22. 3.) L. 6. de his qui sui vel alien. iur. (1. 7.) L. 3. L. 8. C. h. t. (4. 19.). Ueber die verschiedenen Ideen Andrer s. Franzke resol. L. 2. qu. 21. H. de Cocceii de directa probat. negativae (Exerc. T. 2. D. 3.) I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 19. §. 3—7. Trier de onere prob. negant. incumb. Frkf. 1778. Westphal v. d. rechtl. Bew. einer Verneinung. Hal. 1783. (auch Hal. Anz. 1780. n. 36.) Specht de insuffic. proband. regul. Affirmanti incumbit probatio. Hal. 1787. Mezger de onere probandi et caussis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Alt. 1800. Müller ad Leyser Obs. 450. Weber v. d. Beweisf. VI. Abh. Gönner Handb. 2. B. n. 38.

[h] Cocceii l. c. cap. 4. §. 4. Mevius P. 2. Dec. 280. Westphal a. a. O. §. 17. Weber a. a. O. S. 18—37.

[i] Boehmer princ. iur. can. §. 779. Ueberh. G. A. Joachim de different. reprobat. a probat. action. et except. peremt. Lips. 1730. Vor allen

dem Kläger der Beweis mifslingt, das Mifslingen des Beweises seines Läugnens nicht schadet [k]. Dieser Beweis der Unwahrheit eines Beweises durch den Beweis des Gegentheils dessen, was durch den Beweis dargethan ist, heifst Gegenbeweis (*reprobatio*). Damit die Verhandlung nicht ins Unendliche gehe, ist kein weiterer Gegenbeweis wider einen Gegenbeweis zulässig [l]. Wohl zu unterscheiden aber von dem Gegenbeweise ist der, selbst nach vollendetem Beweise, vermittelst einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässige Beweis der Verfälschung des Beweises, z. B. wenn Zeugen bestochen sind, oder die Partey meineidig war [m].

§. 1149.

Eigentlicher, uneigentlicher Gegenbeweis.

Aufser dem Gegenbeweise in diesem Sinn mufs aber dem Beklagten auch der Beweis seiner Einreden gestattet werden. Diesen letzten nennt man uneigentlichen Gegenbeweis (*reprobatio indirecta*), und dagegen denn den, vorhin bezeichneten wahren Gegenbeweis den eigentlichen (*reprobatio directa*). Der erste ist aber kein wahrer Gegenbeweis, und da der Beklagte die Stelle des Klägers als Excipient vertrit (§. 1057.), so mufs denn auch der Kläger gegen diesen uneigentlichen Gegenbeweis einen wahren Gegenbeweis, so wie einen Beweis der Repliken führen dürfen u. s. w. [n]. Wer im Procefs zunächst den Beweis zu führen hat, wird als Beweisführer Producent, der Gegner desselben aber Product genannt. Der Gegenbeweisführer dagegen heifst Reproducent, der, wider welchen er handelt, Reproduct.

§. 1150.

b) Ueber die Beweismittel. Arten.

Die einzelnen Beweismittel lassen sich auf folgende Classen bringen: der Richter wird überzeugt entweder I) durch seine eigne, auf Anschauung oder Reflexion gegründete Aucto-

aber Gönner Handb. 2. B. n. 41. 42.

[k] Danz ord. Proc. §. 253.

[l] Danz a. a. O. §. 252.

[m] L. 31. de iureiur. (12. 2.) L. 33. de re iudic. (42. 1.). Martin Lehrb. §. 171.

[n] Danz a. a. O. §. 252. Gönner a. a. O. §. 10. 16.

rität (Beweis durch Augenschein), oder II) durch die Auctorität Andrer. Diese sind entweder 1) die Parteyen. In der Regel beweist diese nur, wenn eine Partey zu ihrem Nachtheil etwas ausgesagt hat (Beweis durch Bekenntnifs), es sey nun schriftlich (Beweis durch Urkunden), oder durch mündliches Eingeständnifs (Beweis durch Bekenntnifs im engeren Sinn). Zuweilen wird aber auch einer Partey zu ihrem Vortheil geglaubt, nämlich wenn sie ihre Aussage eidlich bestärkt (Beweis durch Eide). Wird der Richter 2) durch die Auctorität Dritter überzeugt, so sind wieder zwey Fälle möglich, nämlich A) die dritte Person mufs sich auf den, durch Bitten oder von Amtswegen veranlafsten Befehl des Richters durch Anschauung, oder Reflexion vom Streitgegenstande instruiren, und das Resultat ihrer, während des Streits gemachten Wahrnehmung dem Richter mittheilen (Beweis durch Besichtigung und Kunstverständige); oder B) die Parteyen legen dem Richter vor, was Andre mündlich aussagen (Beweis durch Zeugen), oder schriftlich ausgesagt haben (auch Beweis durch Urkunden). In allen Fällen können diese Beweismittel zu einem natürlichen, oder künstlichen Beweise (§. 1145.) führen; auch kann das eine Beweismittel unter dem andern enthalten seyn, und durch das Organ dieses dem Richter bekannt werden [o]. Wegen der Einheit der Darstellung müssen manche dieser Beweismittel mit ihrer Nebenart verbunden zugleich erörtert werden.

§. 1151.

Zusammengesetzter, einfacher.

Jedes Beweismittel, wenn es untadelhaft ist, beweist in der Regel vollkommen; doch steht es dem Beweisführer im Ganzen [p] frey, mehrere mit einander zu verbinden. Geschieht diefs, so nennt man den Beweis einen zusammengesetzten, sonst aber einen einfachen [q].

§. 1152.

aa) Geständnifs.

Ein Geständnifs, sofern es nicht zum Vortheil, sondern zum Nachtheil des Beken-

[o] Danz ord. Proc. §. 240.

[p] Eine Ausnahme s. bey der Eidesdelation.

[q] Martin Lehrb. §. 223.

ners gereicht [r], enthält einen, nur durch den Beweis des Irrthums umzustoſsenden vollen Beweis, sofern es gerichtlich geschah, das auſsergerichtliche hingegen bloſs dann, wenn die ernstliche, durch keinen Gegenbeweis des Irrthums, des Betrugs, der Simulation u. s. w. als nicht vorhanden dargestellte Absicht des Bekenners, etwas einzuräumen, zugleich erwiesen wird, weil ohne dieſs nur Vermuthungen daraus entspringen [s]. Einer Annahme bedarf es nicht mehr, seitdem bey uns die Sitte, geradezu aus dem Geständniſs, wie aus einem Urtheil, zu klagen [t], aufgehoben ist [u]. Damit aber überhaupt das Geständniſs beweise, ist erfoderlich, A) daſs es deutlich abgelegt sey. Das Stillschweigen ist kein Einräumen [x], selbst da nicht überall, wo Jemand zum Antworten verbunden ist [y]. Ferner B) muſs der Bekennende in der Lage seyn, sich einseitig verpflichten zu können [z]. Einem Dritten schadet es in der Regel nicht, ausgenommen wenn der Dritte aus besondern Gründen, z. B. als Erbe, verpflichtet ist, die Handlungen des Bekennenden als die seinigen gelten zu lassen [a]. Endlich C) muſs das streitige Factum unbeschränkt zugestanden seyn (*confessio simplex*); wird es unter Einschränkungen zugestanden (*confessio qualificata*), so braucht der Bekennende, wenn nicht Rechtsvermuthungen wider ihn streiten [b], die-

[r] L. 26. §. 2. de depos. (16. 3.) L. 5. 6. C. de probat. (4. 19.) Ueberh. H. T. Reibenstein de confess. civili. Helmst. 1744. Gönner Handb. 2. B. n. 43. Weber v. d. Beweisf. IV. Abh.

[s] L. 7. de conf. (42. 2.) cap. 4. X. de iudic. (2. 1.). Leyser Spec. 473. A. M. sind Danz ord. Proc. §. 299. Müller ad Leyser Obs. 767. Der Bekenner muſs aber auch bey dem auſsergerichtlichen Bekenntniſs den Irrthum beweisen. Müller Obs. 170.

[t] Vergl. L. 6. §. 3. h. t. (42. 2.) mit L. 25. §. 11. ad L. Aquil. (9. 2.).

[u] Müller Obs. 771.

[x] S. oben §. 1139. a. E. Müller Obs. 769. Weber v. d. Beweisf. IV. n. 19. A. M. ist aus politischen Gründen Leyser Sp. 473. m. 8.

[y] Vergl. was unten im ordentlichen Proceſs und bey den Nebenhandlungen über den Ungehorsam bey der Einlassung und bey Interrogationen gesagt ist. Wo aus dem Schweigen ein Geständniſs gefolgert wird, da nennt man dieſs ein fingirtes. Richter quaedam de confessione ficta in caussa civili capita. Lips. 1744.

[z] L. 6. §. 5. h. t. (42. 2.).

[a] L. 6. §. 4. eod. L. 74. de R. I. (50. 17.) L. 25. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 2. de R. I. in 6. (1. 21.).

[b] z. B. L. 5. §. 1. de probat. (22. 3.).

se Einschränkungen nicht zu beweisen. Gibt aber der Confitent alle Facta zu, welche an sich die, gegen ihn gerichtete Foderung begründen, unter der Einschränkung, dafs die dadurch vollständig begründete Verbindlichkeit nachher wieder durch andre Facta beschränkt sey: so mufs er die behauptete Beschränkung beweisen [c].

§. 1153.

Glück XII. 178–238

bb) Beweis durch Eide. Arten.

Auch durch einen **Versicherungs-Eid** (§. 113.) kann ein Beweis geführt werden; jedoch nicht unbedingt. Wer nämlich den Beweis zu führen hat, kann in der Regel die Beweisführung nicht dadurch von sich ablehnen, dafs er die Wahrheit des Beweissatzes beschwört [d]. Wenn indefs die Parteyen die Entscheidung der Sache vertragsmäfsig von dem Eide eines Theils abhängig machen, so behält es dabey natürlich sein Bewenden [e]. Diesen Eid nennt man den **angetragenen**, oder **freywilligen** (*delatum s. voluntarium*). Ferner ist der Richter, im Fall eines, durch andre Beweismittel unvollständig geführten Beweises verpflichtet, dem Beweisführer die Ergänzung des Beweises durch den Eid aufzulegen, oder von dem Producten zu verlangen, dafs er sich von dem, gegen ihn begründeten Verdacht eidlich reinige. Diefs nennt man den **auferlegten**, oder **nothwendigen Eid** (*iniunctum s. necessarium*). Endlich gibt es gewisse Fälle, da der klagende Theil nach eigner Wahl den Beweis durch seinen eignen Eid führen kann. Dieser heifst **Schätzungseid** (*iuramentum in litem*). Alle diese drey Arten des Eides sind für die Hauptsache entscheidend, und werden daher **Haupteide** genannt. In einigen Fällen müssen aber die streitenden Theile, bald vermöge einer amtsmäfsigen Auflage, bald auf Verlangen ihres Gegners einen vorläufigen, in der Sache selbst nicht entscheiden-

[c] Vergl. überh. über diese streitige Materie Claproth ord. Proc. §. 217. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 18. §. 2. F. de Graffen de confess. qualificata. Goett. 1769. Erf. 1783. Gmelin u. Elsasser gem. jur. Beob. 2. B. n. 8. Gönner a. a. O. §. 14—27. Weber v. d. Bew. VI. n. 42. fgg.

[d] L. 3. pr. de iureiur. (12. 2.).

[e] L. 32. C. de fideicommissis (6. 42.).

den Eid ablegen. Ein solcher wird Nebeneid genannt [*f*].

§. 1154.

Wahrheits- und Glaubenseid.

Da der Eid etwas wirkliches beweisen soll, so kann ihn der Schwörende in der Regel nur über Wahrheit und Wirklichkeit ablegen (*iuramentum veritatis*), es sey nun über sein positives Wissen (*iuram. scientiae*), oder bey einem negativen Beweissatze über sein Nichtwissen (*iuram. ignorantiae*). Die eidliche Angabe, daſs man etwas glaube (*iuram. credulitatis*) beweist an sich nicht geradezu, und es ist daher durchaus verwerflich, wenn die Praxis im Fall der Unmöglichkeit eines Wahrheitseides diesen Glaubenseid überall zuläſst. Allein unrichtig wäre es, ihn deſswegen absolut zu verwerfen [*g*], da er als angetragener Eid, und wenn Präsumtionen durch ihn begründet werden, allerdings seinen Werth hat.

§. 1155.

Form des Eides.

Die Ableistung des gerichtlichen Eides muſs, sofern die Parteyen nicht vertragsmäſsig ein Anderes bestimmen [*h*], unter Anrufung Gottes geschehen, und zwar mündlich, nicht schriftlich, wenn nicht der Schwörende stumm ist [*i*]. Wie die Formel weiter gefaſst wird, ist gleichgültig. Bloſs Katholiken und Protestanten gegen einander müssen die Formel: bey Gott und dem heiligen Evangelio aussprechen [*k*]. Auſserdem müssen Männer bey der Abschwörung den Daumen, Mittel- und Zeigefinger der aufgehobenen rechten Hand gegen sich kehren, Geistliche und Wei-

[*f*] Ueber die Frage: welche von diesen Arten der Eide durch die Ueberschrift des Tit. P. de iureiur. (12. 2.) angedeutet werde? s. Heineccius de lubricitat. iurisiur. supplet. §. 6. 7. Voet L. 12. T. 2. §. 7.

[*g*] A. M. sind Malblank de iureiur. §. 44. Müller ad Leyser Obs. 319. Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 2. qu. 44. und mehrere Neuere. S. auch Kohlschütter de iureiurando credulitatis. Viteb. 1788.

[*h*] Cap. 26. X. de iureiur. (2. 24.). Cocceii L. 12. T. 2. qu. 7. 8.

[*i*] Stryk L. 12. T. 2. §. 13.

[*k*] R. A. v. 1555. §. 106. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. §. 55. fgg. Müller ad Leyser Obs. 302.

ber aber diese Finger auf die linke Brust setzen [*l*]. Dafs ein Jude mehr Formularien zu beobachten habe, ist bisher nicht erwiesen [*m*], wohl aber mufs in Criminal-Fällen die Feierlichkeit verstärkt werden [*n*]. Werden die gewöhnlichen Formulare beobachtet, so nennt man den Eid einen feierlichen (*solenne*), sonst aber einen unfeierlichen (*minus solenne*). Was übrigens mit denen zu machen sey, welche nicht an Gott glauben, oder wegen ihrer Religionsbegriffe nicht bey Gott schwören können? ist eine, der gesetzlichen Entscheidung bedürfende Frage [*o*]. Nach der Strenge sollte man die, welche nicht schwören können, denen, welche es nicht wollen, gleichstellen [*p*].

§. 1156.

Fortsetzung. Die Ableistung des Eides mufs, wenige Fälle ausgenommen, an der Gerichtsstelle geschehen [*q*], und zwar in eigner Person, indem der Eid eines Bevollmächtigten Namens (*in animam*) des Principals, ohne vertragsmäfsigen Nachlafs, den unten (§. 1161.) zu erwähnenden Eid für Gefährde ausgenommen, verboten ist [*r*]. Wird einer Gemeinheit ein Eid abgefodert, so müssen zwey oder drey von ihr selbst gewählte Mitglieder denselben abschwören [*s*], wenn nicht der Eid aller nach der Lage der Sache absolut erfoderlich ist [*t*].

[*l*] Malblank doctrin. de iureiur. §. 92.

[*m*] M. Philipson über die Verbess. des Judeneides. Neustrel. 1797. Formeln s. bey Hommel rhapsod. Obs. 13. 644. C. G. de Winkler opusc. minor. Vol. 2. p. 271 — 284.

[*n*] Gundlingiana P. 4. Obs. 2.

[*o*] Vergl. Malblank §. 7. 113.

[*p*] Stryk l. c. §. 8. Wernher lect. comm. L. 12. T. 2. §. 2. 3.

[*q*] L. 15. h. t. (12. 2.) L. 2. §. 1. C. de iureiur. propt. calumn. (2. 59.) Nov. 124. c. 1.

[*r*] L. 12. §. 4. 5. C. de R. C. (4. 1.) L. 16. C. de testib. (4. 20.) Nov. 124. c. 1. vergl. mit cap. 6. 7. X. de iuram. calumn. (2. 7.). J. R. A. §. 43. Malblank §. 94. Müller ad Leyser Obs. 325. Dapp v. d. Legit. zum Proc. §. 183. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 369. Winkler l. c. p. 263 — 267.

[*s*] Mevius P. 3. Dec. 54. Struben 5. B. 108. Bed. Pufendorf T. 2. Obs. 124. Müller ad Leyser Obs. 336. P. F. Körner (praes. Wiesand) de facultate denominandi iuraturos. Viteb. 1782.

[*t*] Cramer Obs. iur. univ. T. 4. n. 1021. Malblank §. 42. a. E.

§. 1157.

Ungültigkeit des Eides.

Hat ein Eid diese äußere Form nicht, so ist er ungültig, und eben dieß ist der Fall, wenn der Schwörende der Vernunft beraubt ist [u]: oder Zwang, Irrthum und Betrug dabey stattfinden [x]. Ist dieß der Fall, so ist der Eid, wenigstens bey den Protestanten, von selbst ungültig, ohne daß der Schwörende von seinen geistlichen Obern eine Befreyung seines Gewissens (*relaxatio iuramenti*) zu erbitten braucht [y].

§. 1158.

Wer ist dazu fähig?

Zur Ableistung des Eides sind unfähig: A) alle Vernunftlose, aus dem eben angegebenen Grunde. B) Unmündige, wenigstens nach der Praxis [z], welcher zufolge an vielen Orten zur Ableistung *gerichtlicher* Eide sogar das 18jährige Alter erfoderlich ist [a]. C) Jeder, von welchem man mit Gewißheit sagen kann, daß er falsch schwören werde [b]. Aus diesem Grunde darf denn auch der Richter selbst zu dem angetragenen Eide *jetzt* keinen Meineidigen zulassen [c], und eben so wenig den, welchen die Gesetze überhaupt für einen unfähigen Zeugen erklären.

§. 1159.

Beschränkung der Eide.

Der Richter muß, soviel er kann, unnütze, und falsche Eide verhüten, auch den Gebrauch der Eide möglichst beschränken. Aus diesem Grunde darf A) derjenige mit keinem Eide belastet werden, welcher auf andre Art vollständig bewiesen hat [d]. Eben so wenig ist es B) erlaubt, bey

[u] Cap. 26. X. de iureiur. (2. 24.).

[x] Cap. 28. X. eod. cap. 2. de iureiur. in 6. (2. 11.). *Pufendorf* T. 3. Obs. 48.

[y] *Malblank* doctr. §. 121 — 123.

[z] Denn über nothwendige Eide ist nichts bestimmt. Das delatum kann der Unmündige nach L. 26. L. 34. §. 2. L. 42. h. t. (12. 2.) can. 14. causs. 22. qu. 5. ableisten, aber er wird nicht dazu gezwungen. *Huber* L. 12. T. 2. §. 9. *Walch* de legit. iurant. aetat. Ien. 1755. (op. T. 2. S. 3.).

[a] Vergl. hier auch *Malblank* §. 9.

[b] c. 5. 8. C. 22. qu. 5.

[c] c. 14. C. 22. qu. 5. A. M. ist in Betreff des delati *Leyser* Spec. 136. m. 1.

[d] Cap. 2. X. de probat. (2. 19.). *Mevius* P. 8. Dec. 335.

dem Versuch eines noch nicht mifslungenen Beweises über den Beweissatz unbedingt den Eid anzutragen [e]. Endlich C) mufs der Richter alle, zur Entscheidung des Streitpuncts nichts beytragenden Eide verwerfen, und sie dem Streitpunct gemäfs einrichten [f], es sey denn, dafs die Parteyen durch Vertrag von einem, an sich irrelevanten Eide die Entscheidung der Sache sollten abhängig gemacht haben [g].

§. 1160.

Wirkung des Eides.

Die Wirkungen eines abgeleisteten Eides bestehen überhaupt darin, dafs das Beschworene, einstweilen oder unbedingt, als wahr angenommen wird, und zwar nach Inhalt der Eides-Formel, indem auf das, was der Schwörende heimlich der Eides-Formel zuwider dachte (*reservationes mentales*), keine Rücksicht genommen wird [h].

§. 1161.

Arten der gerichtlichen Eide: A) iuramentum calumniae.

Die Nebeneide sind mannigfaltig. Hier kann von denselben nur der Eid für Gefährde (*iuramentum calumniae*) genannt werden. Der Inhalt desselben ist: Läugnen, dafs man nicht die Absicht zu chikaniren habe. Ehemals konnte er nur wegen besondern Verdachts in einzelnen Fällen (*iuram. cal. speciale*) gefodert werden [i]; aber Justinian schrieb unnachläfslich vor, dafs beide Theile, und deren Anwälde stets bey der Einlassung durch einen allgemeinen Eid für den ganzen Procefs (*iuramentum cal. generale*) sich von allem Verdacht reinigen sollten, dafs aber dann der besondere Eid für Gefährde nicht weiter gefodert werden

[e] Vergl. Coccei i L. 12. T. 2. qu. 25. I. H. Boehmer de probat. per iuram. delat. §. 26. Gönner Handb. 2. B. n. 50.

[f] L. 34. §. 8. h. t. (12. 2.) cap. 26. X. de iureiur. (2. 24.). G. L. Boehmer de auctoritat. iudicis circa iurisiur. in iudic. delat. (Elect. T. 2. n. 14.).

[g] Wernher P. 2. Obs. 494. Gönner Handb. 2. B. n. 49.

[h] L. 3. §. ult. de iureiur. (12. 2.). A. Kaestner progr. de reservat. mental. Lips. 1741.

[i] I. A. Gerstaecker de iureiur. calumn. sec. princip. iur. Rom. Germ. Can. Sax. Lips. 1795.

könne [k]. Obgleich nur der letzte Punct, und die Vorschrift, daſs der allgemeine Eid absolut wesentlich seyn solle, durch das kanonische und Deutsche Recht aufgehoben ist [l]: so verwirft dennoch die Praxis den allgemeinen Eid für Gefährde ganz, und verlangt nur den besondern im Fall eines gegründeten Verdachts [m], sofern der Gegentheil nicht die Ableistung erläſst [n]. Jeder, selbst der, welcher als Stellvertreter eines Andern handelt, kann, wenn ihn selbst der Verdacht trifft, zu jeder Zeit dazu gezwungen werden [o]; doch sind ausgenommen alle Personen, denen Ehrfurcht gebührt, falls ihnen nicht der Richter von Amtswegen den Eid auflegt [p], so wie Staatsdiener in Sachen ihrer Regierung [q]; wobey aber natürlich vorauszusetzen ist, daſs den Anwald des Staats nicht für seine eigne Person ein besondrer Verdacht der Chikane trifft [r]. Ist übrigens der Eid abgeleistet, so kann dennoch der Schwörende wegen leichtsinniger Streitsucht mit den gewöhnlichen Strafen belegt werden [s]; Verweigerung der Ableistung dagegen hat bey dem Eigenthümer des Processes Verlust der Sache, bey Stellvertretern Versagung des Zutritts, und andre Strafen zur Folge [t].

§. 1162.

B) Iuram. delatum. Wirkungen.

Unter den Haupteiden ist der angetragene (§. 1153.) der wichtigste, und entscheidendste. Dieser hat die volle Natur eines Vergleichs [u], wiewohl er insofern,

[k] L. 2. C. de iuram. propt. calumn. (2. 59.) Nov. 124. c. 1.

[l] Cap. 1. 2. de iuram. calumn. in 6. (2. 4.). J. R. A. §. 43.

[m] Boehmer I. E. P. L. 2. T. 7. Malblank doctrin. §. 89. 90.

[n] I. S. Stryk de remiss. iuram. cal. Hal. 1667.

[o] Cap. 5. 6. 7. X. de iuram. calumn. (2. 7.) cap. 2. eod. in 6. (2. 4.).

[p] L. 37. §. 4. de iureiur. (12. 2.) L. 7. §. 3. de obsequ. par. et patron. praest. (37. 15.). Eckhard hermeu. iur. §. 192. Kind qu. for. T. 1. cap. 71.

[q] R. A. v. 1654. §. 43.

[r] Leyser Spec. 190. m. 6. G. H. Ayrer de necessitate officii a iuram. calumniae non liberante. Goett. 1747.

[s] L. 79. de iudic. (5. 1.). A. F. Kühnhold Pr. an iuramento cal. et relato praestito, utriusque partis sumt. litis compensatio loc. obtinere queat. Lips. 1755.

[t] Auth. principal. §. 5. C. de iureiur. propter calumn. (2. 59.).

[u] L. 32. C. de fideicommiss. (6. 42.).

als der Richter danach sprechen mufs, unter die Beweismittel gezählt werden kann [x]. Ist er abgeleistet, so wird das beschworne Recht als wirklich angenommen, ohne dafs jedoch der Eid eine neue Klage erzeugt [y]. Als Vergleich kann daher der Eid wegen eines Irrthums nicht angefochten werden [z], wo der Vergleich unumstöfslich ist [a], wohl aber, wo der Irrthum von der Art ist, dafs er einen Vergleich würde vernichtet haben [b]. Auch ist es jetzt [c] erlaubt, den Eid anzufechten, wenn er wissentlich falsch abgeschworen ist, und zwar in allen Sachen [d]; nur mufs freilich der Meineid bewiesen werden, welches jedoch natürlich durch die ordentlichen Beweismittel geschehen kann [e]. Eine Appellation gegen ein, dem Eide gemäfses Urtheil ist unerlaubt [f].

§. 1163.

Wer kann ihn deferiren?

Die Eides-Delation kann geschehen A) von Jedem, aber auch nur von dem, welcher durch Vergleich den Streit beyzulegen befugt ist [g]; doch mufs er auf Verlangen zuvor den Eid für Gefährde schwören, weil, wenn er diefs nicht will, der Gegner sich auf den Eidesantrag nicht einzulassen braucht [h]. Auch infamirte Personen dürfen ih-

[x] Andre Ideen hat Malblank doctrin. de iureiur. §. 41., welche er aber nach seinen princ. iur. Rom. §. 474—77. wieder verlassen zu haben scheint.

[y] S. oben die Allegate zu §. 933.

[z] L. 9. C. de transact. (2. 4.) L. 4. C. de re iudicat. (7. 52.).

[a] Diese Fälle s. oben §. 920.

[b] Die gemeine unbedingte Behauptung, dafs der Eid unumstöfslich sey, läfst sich nicht vertheidigen, so wenig als die unbedingte gegentheilige Behauptung des Malblank doctr. §. 65. S. dagegen dessen princ. iur. Rom. §. 477.

[c] Nicht so nach L. 21. 22. de dolo malo (4. 3.) L. 1. L. 12. C. de R. C. (4. 1.). A. M. ist Voet L. 12. T. 2. §. 25.

[d] C. C. C. Art. 107. Ueber die Ideen andrer s. Malblank §. 64. 65. Müller ad Leyser Obs. 330.

[e] Einen stärkern Eid fodert Malblank a. a. O.

[f] L. 12. C. de R. C. (4. 1.).

[g] L. 60. de procurat. (3. 3.) L. 17. §. 3. L. 18. L. 19. h. t. (12. 2.) cap. 4. de procur. in 6. (1. 19.).

[h] L. 34. §. 4. L. 37. h. t. (12. 12.).

rem Gegner den Eid antragen [i]. B) Der Antrag kann Jedem geschehen, welchen der Streit selbst betrifft, auch einem von Mehreren [k]. Personen, welche Namens Andrer streiten, müssen sich auf den Antrag einlassen, wenn der Eid ihre eignen Handlungen betrifft; sonst aber steht die Annahme nur in ihrer Willkühr [l], vorausgesetzt nämlich, daſs sie, wenn der Eid auf das Wissen gestellt wird, von den fremden Handlungen etwas wissen können [m]. Ist der, dem der Eid angetragen wird, einstweilen unfähig zur Ableistung, so wird diese aufgeschoben, bis er dazu im Stande ist. Führt aber der, welchem der Eid deferirt wird, über denselben Gegenstand einen Beweis durch andre Beweismittel, so kann ihm der Eid nicht zugeschoben werden, also dem Beweisführer nicht über den eigentlichen Gegenbeweis [n]. C) Die Delation kann in allen, der Privat-Willkühr unterworfenen Sachen geschehen [o], auch bey Privat-Klagen aus einem Verbrechen, selbst ohne allen vorgängigen Verdacht [p], so wie bey Sponsalien- und Ehesachen, sogar dann, bey den Protestanten, wenn von Trennung der Ehe die Rede ist [q]. Eben so ist der Eidesantrag über die Legitimation zur Sache (§. 1058.) zulässig [r]. Endlich D) kann der Eidesantrag durchaus nicht als ein subsidiarisches Beweismittel betrachtet werden [s].

[i] G. L. Boehmer de arbitr. iud. circa iuram. delat. §. 8. A. M. ist Cocceii L. 12. T. 2. q. 33.

[k] L. 26. §. 1. h. t. (12. 2.). Wernher P. 4. Obs. 48.

[l] L. 14. §. 3. L. 42. §. 2. eod. Leyser Spec. 136. m. 3. 4. Pufendorf T. 1. Obs. 181.

[m] C. 5. C. 8. qu. 5.

[n] Wernher P. 7. Obs. 47. S. auch oben §. 1159.

[o] L. 11. §. 1. L. 38. h. t. (12. 2.). Huber eod. §. 8.

[p] Die, welche Verdachtsgründe fodern, vermengen das purgatorium mit dem delato. L. 6. §. 4. de his qui not. infam. (3. 2.) L. ult. de iniur. (47. 10.). Schoepfer de iurament. iudicial. sine probat. delato. cap. 1. Boehmer I. E. P. L. 5. T. 34. §. 4. 5. Müller ad Leyser Obs. 305. 307.

[q] A. M. ist Danz ord. Proc. §. 370. Allein s. Leyser Spec. 135. m. 8. Müller Obs. 306. 318. G. I. F. Meister pract. Bemerk. 2. Th. n. 1.

[r] M. H. Griebner de probatione dominii per iuramenti delationem. Lips. 1733.

[s] L. 25. §. 3. de probat. (22. 3.) L. 32. C. de fideicommiss. (6. 42.). Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 2. qu. 25. not. X.

§. 1164.

Folgen des Antrags. Relation, Gewissens-vertretung.

Aus dem Eidesantrage entsteht für den Deferenten an sich keine Verbindlichkeit, und er kann ihn bis zur Ableistung unbedingt nach Willkühr zurücknehmen [t], aber auch den zurückgenommenen Eid nicht wieder, also auch in keiner veränderten Form, deferiren [u]. Der, dem der Eid angetragen ist, mufs dagegen nach der Annahme denselben ableisten, und wird, wenn er diefs ohne Schuld seines Gegners verweigert, als Geständiger behandelt [x]. Hat er ihn nicht angenommen, so kann er die Annahme, deren Verweigerung sonst gleichen Nachtheil zur Folge hat, durch zwey Mittel von sich abwenden, nämlich A) nach der Praxis [y] durch die sogenannte Gewissensvertretung (*probatio pro exoneranda conscientia*), d. h. dadurch, dafs er das, worüber er schwören soll, durch andre Beweismittel darthut. Gelingt ihm dieser Beweis, so wird er behandelt, als ob er geschworen hätte, und es findet dagegen, als Surrogat des Eides, kein Gegenbeweis statt [z]. Gelingt er ihm nur zum Theil, so erkennt der Richter nach Umständen auf den Reinigungs- oder Ergänzungseid [a]. Mifslingt er aber ganz, so kann er noch B) das zweyte, ihm überhaupt vor Annahme des Eides zustehende Mittel wählen, und den Eid zurückschieben [b]. Diese Zurückschiebung mufs

[t] L. 11. C. de R. C. (4. 1.). Malblank doctr. §. 54. Ueber die gesetzwidrigen Einschränkungen andrer s. Cocceii L. 12. T. 2. qu. 26. Müller Obs. 310.

[u] L. 11. C. l. c. Danz ord. Proc. §. 377.

[x] F. A. Hommel de poena iurare nolent. Lips. 1748. Stirbt Jemand, welcher durch Schuld seines Gegners an der Ableistung verhindert ward, so ist der Eid, aber nur in diesem einzigen Fall, als abgeschworen zu betrachten. Vergl. Pufendorf T. 1. Obs. 56. Müller Obs. 327. 328.

[y] I. G. Bauer progr. de defens. consc. per probat. iure comm. fund. Lips. 1753. (op. T. 1.) vergl. mit I. C. Koch progr. de prob. pro exon. consc. in foro Rom. ignota. Giess. 1783.

[z] So lassen sich die Einwendungen bey a Schenk v. Nydeggen de probat. contra exonerat. consc. per probat. Duisb. 1797. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 29. Dessen Handb. 2. B. n. 48. umgehen.

[a] S. §. 1165. und Müller Obs. 513.

[b] L. 34. §. 7. h. t. (12. 2.). Cocceii L. 12. T. 2. qu. 25. Danz ord. Proc. §. 381.

aber im Ganzen in der Maafse geschehen, wie der Eid angetragen ward [c], und defswegen kann denn auch der Referent, dem über den Grund der Klage der Eid angetragen ward, nachher noch immer zum Beweise seiner Einreden verlangen gelassen zu werden [d]. Auch darf er den referirten Eid in eben der Maafse zurücknehmen, wie diefs dem Deferenten erlaubt ist [e]. Der, dem der Eid referirt ist, mufs denselben annehmen, und kann sein Gewissen nicht mit Beweis vertreten [f], auch keinen Eid für Gefährde verlangen [g]. Nur dann ist die Relation unerlaubt, wenn der Eid eigne Facta des Referenten, welche dem Deferenten unbekannt sind, betrifft [h], also z. B. ein nur dem Referenten bekanntes eignes Verbrechen [i].

§. 1165.

c) Nothwendige Haupteide. Die **nothwendigen Haupteide** (§. 1153.) sind der **Ergänzungs-** und **Reinigungs-Eid** (*suppletorium* und *purgatorium*). Beide, sowohl der erste, welcher schon im Römischen [k], und der letzte, welcher im kanonischen Recht gegründet ist [l], werden vom Richter aufgelegt, jedoch nur subsidiarisch, wenn die Möglichkeit einer andern Beweisführung nicht vor Augen liegt [m]; daher denn auch beide, wenn die Beweisfrist nicht verstrichen ist, noch immer, zwar nicht durch Relation, aber

[c] L. 34. §. 8. eod. Struben 4. B. 183. Bed. Quistorp Beytr. 4. T. n. 6.

[d] A. M. ist Berger elect. disc. for. Tit. 16. p. 468.

[e] Cocceii l. c. qu. 30. A. M. ist Malblank §. 57. Müller Obs. 312.

[f] Carpzov P. 1. C. 14. Def. 4.

[g] L. 34. §. 7. h. t. (12. 2.).

[h] L. 34. pr. §. 8. eod.

[i] L. 11. §. ult. rer. amotar. (25. 2.) cap. ult. X. de iureiur. (2. 24.). Leyser Sp. 139. m. 1.

[k] L. 31. de iureiur. (12. 2.) L. 1. §. 40. depos. (16. 3.) L. 3. C. de R. C. (4. 1.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 44. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. §. 69. 70. Viele läugnen diefs. S. Heineccii D. de lubricit. iurisiur. supplet. §. 9—19. (op. var. syll. n. 14.). Nach cap. 36. X. de iureiur. (2. 24.). J. R. A. §. 56. ist die Sache klar.

[l] Cap. 36. §. 1. X. de iureiur. (2. 24.). R. A. v. 1512. Tit. v. Gotteslästerung. §. und nachdem. R. A. v. 1548. c. 14. §. 1. I. H. Boehmer de usu iuram. purg. in causs. crim. (Exerc. T. 3.). S. auch noch überh. C. F. G. Meister Triga Observ. pract. de iuram. supplet. et purg. (Exerc. n. 4.).

[m] L. 31. h. t. (12. 2.) L. 3. C. de R. C. (4. 1.). Mevius P. 7. Dec. 376.

durch die Gewissensvertretung vermieden werden können [n]. Auf den ersten mufs der Richter erkennen, wenn der Producent mehr als halb, oder beynah vollständig [o], nach der Praxis aber schon dann, wenn der Producent nur halb erwiesen hat; hat er nicht einmal halb erwiesen, so ist dem Producten der Reinigungs-Eid aufzulegen [p]. Beide sind in allen Sachen, selbst unter den Protestanten, wenn sie die Trennung der Ehe bezwecken, zulässig [q], nur nicht Ergänzungs-Eide in peinlichen Sachen wider den Angeklagten [r]. Verweigerung der Ableistung gilt natürlich auch hier dem Geständnifs gleich, die Ableistung hat aber nicht die Kraft des abgeleisteten angetragenen Eides. Denn obgleich sie an sich beweist, so kann doch der Eid wegen neu aufgefundener Instrumente, worunter jedes andre Beweismittel zu verstehen ist, angefochten werden [s], auch findet die Appellation wider das, auf einen solchen Eid folgende Urtheil statt [t].

§. 1166.

D) Schätzungseid. Die Natur des Schätzungs-Eides (§. 1153.) ergibt sich aus folgenden Regeln [u]: A) wenn Jemand eine unerlaubte That arglistig, oder *culpa lata* begeht, so kann der Verletzte die Existenz und das Maafs des, ihm zugefügten Schadens, auf eignes Verlangen, durch seinen Eid geradezu bestimmen [x],

[n] Stryk L. 12. T. 2. §. 16. 41. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 363.

[o] S. not. 3. und L. 9. §. 1. C. de testib. (4. 20.) L. 20. de quaest. (48. 18.).

[p] Heineccius l. c. §. 20 —29. Malblank doctr. §. 70. 74. C. L. Crell de iuram. supplet. quod sine probat. decern. Vit. 1751. Malblank princ. iur. Rom. §. 601.

[q] Es sind hier gleiche Gründe wie §. 1163. A. M. ist Danz ord. Proc. §. 365.

[r] L. ult. C. de probat. (4. 19.). Quistorp Beytr. 2. Th. n. 3.

[s] L. 31. h. t. (12. 2.). Stryk U. M. L. 12. T. 2. §. 39—41. Wernher lect. comm. eod. §. 30.

[t] Voet L. 12. T. 2. §. 30.

[u] Ueberh. W. A. Lauterbach de iureiur. in lit. A. I. Turin de iuram. in lit. Erf. 1775. Wehrn doctrin. iur. expl. princ. damni etc. §. 65. F. K. L. Drummer Theor. d. Würderungseides. Bamb. 1806. F. L. Wirschinger über das iuramentum in litem. Landsh. 1806. J. B. Müller über den Schätzungseid. Jen. 1806.

[x] L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. h. t. (12. 3.) L. 2. C. eod. (5. 53.) L. 5. pr. depos. (16. 3.) L. 7. pr. de admin. et peric. tut. (26. 7.).

und dabey, nach der falschen Theorie der Praxis [y], sofern der Verlust nicht von selbst klar ist [z], sein singulaires Interesse (§. 273.), bis zu der gesetzlich bestimmten Gröſse (§. 275. n. II.), in Anschlag bringen [a]. Offenbar ist dieser Eid keine Unterart des Ergänzungs-Eides [b], wiewohl er zuweilen einen mangelhaften Beweis ergänzen kann; das Erbieten dazu ist also der Delation des Eides an den Gegner nicht zuwider, noch auch kann man diesen Eid als subsidiarisch betrachten [c]. Eine Art des Schätzungs-Eides ist der Zenonianische, welcher zur Taxe des Schadens von dem abgeleistet wird, dem ein Andrer erweislich durch Gewalt eine Sache genommen hat [d]. B) Gegen den, welcher geringere Versehen beging, muſs der Schaden wo möglich erwiesen werden. Kann dieſs nicht geschehen, so wird der Verletzte subsidiarisch auch zum Schätzungs-Eide gelassen, aber auf allen Fall nur, um sein gemeines Interesse (§. 273.) zu beschwören [e]. Eben dieſs findet nach der Meynung Vieler vermöge einer, wegen ihrer Singularität nicht auszudehnenden [f] Vorschrift statt, wenn der Verkäufer arglistig die Uebergabe einer Sache verzögert; doch verwirft hier eigentlich kein Gesetz den Eid [g]. Unrichtig aber ist es durchaus, wenn Viele

[y] Thomasius de pretio affect. in res fungib. non cad. cap. 3. §. 6. I. U. Cramer de iuram. in lit. affect. et verit. Marb. 1736. Allein s. oben §. 275. not. c.

[z] L. 3. pr. h. t. (12. 3.).

[a] L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 16. §. 3. de pignor. (20. 1.). Ueber das duplum gestattet den Eid Lauterbach coll. L. 12. T. 3. §. 20.

[b] A. M. sind Tevenar Theor. d. Bew. S. 99. Malblank doctrin. §. 65.

[c] L. 71. de R. V. (6. 1.) L. 1. 2. C. h. t. (5. 53.). Leyser Sp. 146. m. 4. Berger elect. disc. for. p. 854. Pufendorf T. 3. Obs. 124.

[d] L. 9. C. unde vi (8. 4.). Vergl. Faber error. pragm. Dec. 18. Er. 6. 7. 8. Idem coniect. L. 16. c. 19. 20. C. H. Horn de sacramento Zenoniano. Ed. 2. Witteb. 1701. Struben 1. B. 93. Bed.

[e] L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. 4. h. t. (12. 3.) L. 2. C. eod. (5. 53.) L. 1. §. 40. depos. (16. 3.). Struben 2. B. 113. Bed. Malblank doctr. §. 73.

[f] A. M. ist Cocceii L. 12. T. 3. qu. 4. 5. 6. Malblank princ. iur. Rom. §. 448.

[g] Die Gegner allegiren L. 4. C. de act. e. v. (4. 49.). I. F. Eisenhart de iureiur. in lit. affect. in emt. vend. cessante. Helmst. 1750. (op. n. 5.). Allein vergl. Nov. 82. c. 10. B. P. Gerdesius de iuram. in lit. affect. Gryph. 1710. cap. 5. §. 2. Lauterbach coll. L.

überhaupt bey unbeweglichen Sachen im Fall der Arglist oder grober Versehen jenen zuerst beschriebenen Eid nicht zulassen wollen [h]. C) Der Eid, welcher im Fall einer Arglist, und einer *culpa lata* abgeleistet werden kann, heifst *iuramentum in litem affectionis;* der, welcher wegen geringer Versehen stattfindet, *iuramentum in litem veritatis* [i]. Dafs jetzt nur noch der letzte zulässig sey [k], kann man nicht behaupten [l]. D) Kommt es zur Ableistung jener Eide, so darf der Richter vor und nachher dem Schwörenden ein bestimmtes Ziel setzen [m]. Endlich E) ist zu bemerken, dafs auch der Vormund, wenn er will, diese Eide Namens des Mündels ableisten kann [n].

§. 1167.

cc) Beweis durch Zeugen.

Durch Zeugen kann ein vollständiger Beweis geführt werden [o]; doch ist vor allen Dingen erfoderlich, dafs sie fähig und unverdächtig sind [p]. Sind sie unfähig, so wird ihre Aussage gar nicht in Betracht gezogen, und der Richter darf sie, wenn es der Product verlangt, gar nicht zulassen [q]; verdächtige Zeugen dagegen können einige Vermuthungen begründen, und sind abzuhören, jedoch unter Vorbehalt der Ausführung der, ihnen entgegenstehenden

12. T. 3. §. 17. I. A. Donndorf de iur. in lit. affect. in emt. vend. non cessante. Quedl. 1776.

[h] L. 68. de R. V. (6. 1.). A. M. ist Thomasius l. c. §. 33. wegen L. 48. §. 1. locati (19. 2.). Allein man mufs die Worte der Florentina: non immobilem, mit vielen insptis vulg. wegwerfen.

[i] Die Terminologie der Neueren ist hier jedoch ungleich. Wehrn l. c. §. 65.

[k] wie sonst Malblank doctrin. §. 73. und nach ihm Müller Obs. 331. behauptete.

[l] Stryk L. 12. T. 3. §. 2. 10. 11. I. B. Wernher de iuramentor. varietate. Vit. 1701. §. 41.

[m] L. 4. §. 2. 3. h. t. (12. 3.) Faber coniect. L. 16. c. 16. Idem error. pragm. D. 18. E. 10. Pufendorf T. 4. Obs. 85.

[n] L. 4. pr. eod.

[o] Ueberh. I. a Costa Comm. ad T. C. de test. (Meermann Th. T. 1.) I. H. Felz excerpt. illustr. controv. de test. Arg. 1706. P. Farinacii Tr. de testib. Lugd. 1589. W. A. Lauterbach de testib. C. G. Hommel de testib. Viteb. 1777.

[p] Ein Register s. in Hommel rhaps. Obs. 211.

[q] cap. 7. X. de testib. et attest. (2. 20.) Lauterbach l. c. §. 37. Müller ad Struv L. 22. T. 5. Th. 58.

Einwendungen [r]. Die unfähigen Zeugen sind theils absolut in allen, theils nur in gewissen Sachen verwerflich.

§. 1168.

Absolut unfähige Zeugen.

Schlechthin unfähig (*absolute inhabiles*) sind: A) alle Personen, welchen Vernunft und Sinne zur Beobachtung fehlen [s]. Dahin sind juristisch auch Unmündige zu zählen [t], und deſswegen ist es denn verwerflich, wenn Viele [u] einen Mündigen über das, was er in seiner Unmündigkeit erfahren haben will, als Zeugen zulassen. B) Alle, denen eine *infamia iuris* (§. 241.) anklebt [x]. C) Jeder, welcher peinlich angeklagt ist, oder werden soll [y].

§. 1169.

Relative Unfähigkeit.

In gewissem Betracht unfähig (*respective inhabiles*) sind: A) Ketzer und Abtrünnige gegen Christen [z], eine Vorschrift, welche in Deutschland sehr zu modificiren ist [a]. B) Juden als Zeugen gegen orthodoxe Christen [b], welches man aber streng juristisch jetzt für eine Antiquität ausgeben kann, wenn auch gleich der Jude unter Umständen verdächtig seyn mag [c]. C) Weiber als Testamentszeuginnen [d], und D) in eben der Maaſse, aber nicht weiter, gerichtlich erklärte Verschwender [e],

[r] L. 3. §. 1. 2. L. 13. L. 21. §. 3. h. t. (22. 5.) Leyser Spec. 283.

[s] L. 3. §. 5. h. t. (22. 5.).

[t] L. 19. §. 1. eod. c. 1. C. 4. q. 2. 3.

[u] I. Schierschmidt de testimon. impub. quandoque admittendo. Ien. 1760. Berger Oecon. L. 4. T. 24. §. 3. n. 1.

[x] L. 3. §. 5. L. 13. D. eod. vergl. mit cap. 10. 13. 20. 54. 56. X. de testib. (2. 20.) Boehmer I. E. P. L. 2. T. 20. §. 10.

[y] cap. ult. X. eod. Boehmer l. c. §. 6—9. 11—15.

[z] L. 21. C. de haeretic. (1. 5.) cap. 1. X. eod. (5. 7.).

[a] Boehmer l. c. §. 3.

[b] L. 21. C. cit. L. ult. C. de Iudaeis (1. 9.).

[c] Vergl. überh. A. Kaestner de teste Iudaeo. Lips. 1736. Struben 3. B. 67. Bed. Malblank de iureiur. §. 23. Hofacker T. 3. §. 4460. Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 2. qu. 45. Wernher lect. comm. L. 22. T. 5. §. 28.

[d] L. 20. §. 6. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 18. de testib. (22. 5.). Ob dieſs auf andre Fälle zu erstrecken sey? läſst sich bey §. 783. not. b. am besten erörtern.

[e] §. 6. I. de testam. ordin. (2. 10.) Müller ad Leyser Obs. 496. Köchy Medit. 1. S. n. 3.

wiewohl besondere Umstände sie verdächtig machen können. E) Laien gegen Geistliche in peinlichen Sachen [*f*]. F) Ein Zeuge wider den, welchen er peinlich angeklagt hat [*g*]. G) Der Vater in Sachen des, unter seiner Gewalt befindlichen Sohns, und umgekehrt [*h*]. Eben diefs gilt H) vom Zeugnifs des Sklaven für den Herrn, und des Unterthanen in Sachen des Regenten [*i*], falls nicht die Unterthanen zuvor ihrer Eidespflicht entlassen sind [*k*]. I) Alle, welche sich als Zeugen einmal haben für Geld dingen lassen, sofern von öffentlichen Verbrechen die Rede ist [*l*]. In eben dieser Rücksicht K) Jeder, welcher noch nicht 20 Jahre alt ist [*m*]. L) Geistliche in Betreff dessen, was ihnen in der Beichte anvertrauet ist [*n*]. M) Alle, welchen für diesen Fall die, zur Kenntnifs nöthigen Sinne abgehen [*o*]. N) Jeder, welcher direct, oder indirect aus der Sache Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu erwarten hat [*p*]. Nur mufs diefs dann, wenn das Zeugnifs abgelegt wird, noch stattfinden [*q*]. Auf Gemeindeglieder pafst diese letzte Vorschrift bey Gemeindestreitigkeiten nur insofern, als sie eignen Antheil an dem Streit haben, wiewohl ihnen auch ohne diefs in der Regel ein Verdacht entgegensteht [*r*]. Endlich O) Jeder, insofern er seine eigne Schande bezeugen soll [*s*].

§. 1170.

Verdächtige Zeugen.

Verdächtige Zeugen (*suspecti*) sind z. B. alle Personen, denen eine *infamia facti* (§. 241.) vorgeworfen werden kann [*t*]; unsre

[*f*] cap. 14. X. h. t. (2. 20.) Boehmer l. c. §. 16.

[*g*] Nov. 90. cap. 7.

[*h*] L. 9. h. t. (22. 5.) L. 201. de V. S. (50. 16.).

[*i*] L. 6. h. t. (22. 5.) L. 3. C. eod. (4. 20.).

[*k*] Lauterbach l. c. §. 33.

[*l*] L. 3. §. 5. D. eod.

[*m*] L. 20. eod.

[*n*] cap. 2. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). Nur ist hier die Frage: wie weit die wirkliche Aussage in Betracht komme? streitig. Leyser Sp. 284. m. 2. Boehmer ad Carpzov pr. crim. qu. 108. Obs. 6. Hommel rhaps. Obs. 211.

[*o*] Stryk de iure sens. D. 2. c. 4. n. 2. D. 4. c. 4. n. 21. fgg.

[*p*] L. 10. L. ult. h. t. (22. 5.) L. 10. C. eod. (4. 20.) Wernher P. 2. Obs. 379. P. 5. Obs. 181. P. 7. Obs. 121. Müller Obs. 487.

[*q*] Wernher P. 5. Obs. 181. Carpzov L. 3. R. 92. n. 13. Berger Oec. L. 4. T. 24. §. 3. n. 6.

[*r*] Berger l. c. n. 5. Wernher P. 7. Obs. 121. P. 10. Obs. 369.

[*s*] J. R. A. §. 53.

[*t*] L. 3. pr. h. t. (22. 5.).

heutigen Dienstboten [u]; Freunde, Verwandten, und der Ehegatte des Producenten, und Feinde des Producten [x], so wie oft der, welcher sich zum Zeugniſs drängt [y]. Ein vollständiges Register der verdächtigen Zeugen ist aber unmöglich, da hier alles von den Umständen und dem Urtheil des Richters abhängt [z]. Diese, dem Richter gestattete Willkühr berechtigt aber denselben nicht, die von den Gesetzen für unfähig erklärten Zeugen zuzulassen [a]. Nur dann ist ihm dieſs erlaubt, wenn eine Sache ihrer Natur nach in der Regel nur durch die Personen erwiesen werden kann, welche die Gesetze für unfähig erklären, vorausgesetzt natürlich, daſs sie psychologisch einer Wahrnehmung fähig sind [b].

§. 1171.

Erfodernisse der Aussage.

Auſser der Fähigkeit und Unverdächtigkeit der Zeugen gehört aber noch zu einem vollständigen Zeugenbeweise: A) daſs die Zeugen, wenn es die Parteyen nicht selbst erlassen, vor oder nach der Aussage auf dieselbe beeidigt werden [c]; B) daſs wenigstens zwey Zeugen in ihren Aussagen [d], und also in demselben speciellen Thatumstande übereinstimmen [e]. Die Aussage Eines Zeugen enthält nach der Praxis nur einen halben Beweis [f], und einen vollständigen bloſs dann, wenn der Zeuge eine beeidigte öffentliche Person ist, welche über das, was zu ihren

[u] I. G. Bauer Pr. de admittendo famulitii hodierni in favorem domini testimonio. Lips. 1756. Müller Obs. 489. Leyser Sp. 283. m. 12. 27.

[x] L. 21. §. 3. D. eod. Pufendorf T. 1. Obs. 140.

[y] Mevius P. 5. Dec. 302.

[z] L. 3. pr. §. 1. 2. eod. Tevenar Theor. d. Bew. S. 106—124. Malblank princ. §. 607. 608.

[a] Müller Obs. 486. A. M. ist Leyser Spec. 283. m. 1.

[b] L. 7. eod. L. 8. §. 6. C. de repud. et divort. (5. 17.). Canz de probabil. iurid. §. 150. fgg. Stryk L. 22. T. 5. §. 11. Pufendorf T. 1. Obs. 109.

[c] L. 9. C. h. t. (4. 20.). Wernher lect. com. L. 22. T. 5. §. 19.

[d] C. 23. 28. 47. X. h. t. (2. 20.).

[e] Vergl. G. C. Richter de teste singulari. Kil. 1693. E. A. Georgi de singularitate test. Arg. 1722. Struben 5. B. 71. Bed. mit Müller ad Struv L. 22. T. 5. §. 48. In den Theorien der Alten über die singularitas cumulativa ist hier aber viel Willkühr.

[f] C. C. C. Art. 34. I. C. Finke de unius test. confess. Goett. 1798.

Amtsgeschäften gehört, ein Zeugnifs ablegt [*g*]; doch dehnt man diefs in Praxi häufig willkührlich aus [*h*]. Zuweilen sind mehr Zeugen erfoderlich, nämlich drey, um einen vollen Gegenbeweis gegen eine öffentliche Urkunde zu führen [*i*], und fünf, um die Zahlung einer schriftlich eingestandenen Schuld, über deren Rückzahlung man sich keine Quittung hat ausstellen lassen, zu beweisen [*k*]. Die Lehre vom Pfandrecht, den Testamenten und Codicillen enthält auch noch einige Ausnahmen. C) Die Zeugen, sie seyen öffentliche, oder Privat-Personen, müssen als solche nicht raisonniren, sondern den, aus eigner Wahrnehmung ihnen bekannten factischen Grund ihrer Wissenschaft angeben [*l*]. Ob dieser im negativen oder positiven Wissen besteht, ist einerley, wiewohl, wo das Uebersehen denkbar ist, der positive den negativen Zeugen überwiegen mufs [*m*]. Das Glauben und Meynen des Zeugen (*de credulitate*) sollte aber, wo es nicht wahre Vermuthungen veranlafst, nie in Betracht kommen [*n*], so wenig als das Zeugen von Hörensagen (*de auditu*), ausgenommen in Fällen, wo Traditionen, oder sehr alte Thatumstände den Beweissatz ausmachen [*o*]. Endlich D) darf sich derselbe Zeuge nicht in wesentlichen Puncten in seinen Aus-

[*g*] cap. 28. X. h. t. (2. 20.) vergl. mit Nov. 73. c. 6. cap. 23. X. de elect. (1. 6.) L. 5. §. 13. de reb. eor. (26. 9.) L. 21. C. ad L. Corn. de falsis (9. 22.) Mevius P. 1. Dec. 118. fgg.

[*h*] z. B. auf den Fall, wenn über den Tod eines Abwesenden gezeugt werden soll. Finke l. c. §. 18. oder insofern er etwas gegen den Producenten aussagt. Allein s. Hert de apertur. testament. Sect. 1. §. 14. Neundorf. Erörterungen. Tübing. 1807. und C. H. Gmelin über die Beweiskraft eines Zeugen gegen denjenigen, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt oder benutzt hat. Tübing. 1806. Leipziger Lit. Zeit. 1807. n. 134. S. 2132—2136.

[*i*] cap. 10. X. de fide instrum. (2. 22.).

[*k*] L. 18. C. de testib. (4. 20.) Auth. Rogati C. eod. c. 2. 3. C. 4. qu. 2.

[*l*] L. 4. C. eod. c. 15. C. 3. qu. 9. cap. 27. X. h. t. (2. 20.) I. S. Brunquell de ratione dicti testium. §. 8—22. (op. T. 2. n. 17.).

[*m*] Vergl. Brunquell l. c. §. 23. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 19. §. 19. Struben 1. B. 77. Bed. Müller Obs. 499. 500.

[*n*] Viele gehen hier weiter. Cons. Tubing. V. 2. C. 100. n. 10.

[*o*] cap. 5. 47. X. h. t. (2. 20.) cap. 13. X. de probat. (2. 19.). Mevius P. 7. Dec. 41. Beckmannor. Cons. T. 2. D. 83. Struben 4. B. 156. Bed. a. E.

sagen widersprechen [p]. Die Grundsätze über den Widerspruch der Zeugen unter sich gehören in die Lehre von der Collision der Beweismittel.

§. 1172.

Pflicht, Zeuge zu seyn.

Damit das wichtige Mittel der Beweisführung durch Zeugen nicht von der Willkühr dritter Personen abhänge, haben die Gesetze jedem Bürger die Pflicht aufgelegt, sein Zeugniſs auf Verlangen zu geben [q]. Ausgenommen von diesem Zwange sind: A) diejenigen, welchen gesetzlich verboten ist, etwas zu entdecken, wie z. B. Geistliche in Betreff dessen, was sie aus der Beichte wissen [r], und Anwälde in Ansehung der Thatumstände, welche ihnen ihr Client anvertrauet hat [s]. Auch werden B) nahe Verwandte, Ehegatten, und Verlobte nicht zum Zeugniſs gegen nahe Verwandte gezwungen [t]; wovon jedoch die Praxis, freilich zum Theil sehr willkührlich, eine Ausnahme macht, wenn der Zeuge beiden Theilen gleich nahe verwandt ist, oder nur durch ihn die Wahrheit erhalten werden kann [u]. Der producirte Zeuge kann aber auch von dem Producenten Schadloshaltung verlangen [x].

§. 1173.

dd) Beweis durch Augenschein und Kunstverständige.

Der Beweis durch Augenschein, Besichtigung und Kunstverständige [y] hat das Besondere, daſs der Richter hier von Amtswegen, oder auf Bitten eines, oder beider Theile verfahren kann [z]. Die Personen, welche zur Besichtigung oder Beurtheilung vom Richter und beiden Theilen gewählt werden, müssen natürlich, wie der Zeuge, fähig und unver-

[p] cap. 9. X. de probat. (2. 29.) Canz l. c. §. 147.

[q] L. 16. 19. C. h. t. (4. 20.) cap. 51. X. h. t. (2. 20.).

[r] cap. 2. X. de offic. et potest. iudic. deleg. (1. 29.).

[s] Stryk L. 22. T. 5. §. 6. Berger oecon. L. 4. T. 24. §. 4.

[t] L. 4. 5. h. t. (22. 5.).

[u] Carpzov P. 1. C. 16. Def. 51. Lauterbach Coll. L. 22. T. 5. §. 29. 31. Stryk eod. §. 11. Leyser Spec. 283. m. 27.

[x] L. 11. L. 16. §. 1. C. h. t. (4. 20.) cap. 11. in fin. de rescript. in 6. (1. 3.).

[y] Ueberh. I. G. Mayer Diss. 2. de singularibus probationis per inspect. ocularem magis determinandis. Erl. 1770. Gönner Handb. d. Proc. 2. B. n. 44. 45.

[z] S. oben §. 1147. 1150.

dächtig, und mit den nöthigen Kenntnissen versehen seyn [a], auch auf das, ihnen anvertraute Geschäft beeidet werden [b]. Die Kosten trägt der bittende Theil, oder, wenn von Amtswegen verfahren wird, der, zu dessen Besten die Untersuchung gereicht [c]. Etwas Besonderes liegt hier auch darin, dafs die Parteyen, wenn sie mit dem Ausspruch der Kunstverständigen unzufrieden sind, eine neue Prüfung andrer Sachverständiger gleichsam in höherer Instanz verlangen können [d].

§. 1174.

ee) Beweis durch Urkunden.

Die Lehre von dem Beweise durch Urkunden [e] beruhet grofsentheils auf einer Anwendung der, bisher über Geständnifs und Zeugenbeweis aufgestellten Grundsätze. Im eigentlichen allgemeinen Sinn werden unter Urkunden (*instrumenta, documenta*) alle leblosen Dinge verstanden, woraus die Existenz eines Thatumstandes geschlossen werden soll [f]. Gewöhnlich pflegt man aber den Begriff derselben blofs auf Scripturen zu beschränken.

§. 1175.

Oeffentliche Urkunden.

Jede Urkunde enthält ein Zeugnifs. Rührt diefs von einer öffentlichen Person her, so nennt man die Urkunde eine öffentliche (*instr. publicum*); ist hingegen der Verfasser eine Privat-Person, so heifst sie eine Privat-Urkunde (*instrumentum privatum*). Die ersten enthalten, wenn sie in

[a] Gönner iur. Abh. 2. B. n. 22. Dessen Handb. 2. B. n. 45. §. 5. Quistorp Bem. 1. B. n. 109.

[b] Carpzov P. 1. C. 22. Def. 12. Mevius P. 6. Dec. 160.

[c] Danz ord. Proc. §. 342. not. a.

[d] Man gründet diefs auf L. 76. 77. 80. pro socio (17. 2.) L. 30. de oper. libertor. (38. 1.) Claproth ord. Proc. §. 357. Gönner Handb. 2. B. n. 45. §. 12. vergl. mit v. Ende jurist. Abh. 1. B. n. 2.

[e] H. Donellus de fide instrumentorum (in op. prior.) L. ab Ariano de instrum. fide et productione. Venet. 1584. I. Vitus de probatione quae fit per instrumenta. Erf. 1703. G. L. Crell de fide instrum. inprimis publicor. Viteb. 1738. G. Krekemeyer de instrumenti definit. divis. fide, recogn. et diffes. Goett. 1743. Weigel de fide instrum. Ien. 1758. Gönner Handb. 2. B. n. 46.

[f] Claproth ord. Proc. §. 238. Martin Lehrb. §. 194. Im allgemeinsten Sinn begreift das Wort instrumenta auch Zeugen. L. 1. de fide instrum. (22. 4.).

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

System des Pandekten-Rechts

Bd.: 3

Jena 1809

4 J.rom.c. 222 m-3,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10519883-1